Criminalità e giustizia in Germania e in Italia

Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna

Kriminalität und Justiz in Deutschland und Italien

Rechtspraktiken und gerichtliche Diskurse in Spätmittelalter und Früher Neuzeit

a cura di/hrsg. von

Marco Bellabarba - Gerd Schwerhoff - Andrea Zorzi

Società editrice il Mulino
Bologna

Duncker & Humblot
Berlin

Istituto trentino di cultura

Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento
Jahrbuch des italienisch-deutschen historischen Instituts in Trient

Contributi/Beiträge 11

Criminalità e giustizia in Germania e in Italia

Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna

Kriminalität und Justiz im Deutschland und Italien

Rechtspraktiken und gerichtliche Diskurse in Spätmittelalter und Früher Neuzeit

a cura di/hrsg. von

Marco Bellabarba - Gerd Schwerhoff - Andrea Zorzi

Società editrice il Mulino
Bologna

Duncker & Humblot
Berlin

Istituto storico italo-germanico in Trento

Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna / Kriminalität und Justiz in Deutschland und Italien. Rechtspraktiken und gerichtliche Diskurse in Spätmittelalter und Früher Neuzeit

Trento, 21-23 ottobre 1999

CRIMINALITÀ

e giustizia in Germania e in Italia : pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna = Kriminalität und Justiz in Deutschland und Italien : Rechtspraktiken und gerichtliche Diskurse in Spätmittelalter und Früher Neuzeit / a cura di = hrsg. von Marco Bellabarba, Gerd Schwerhoff, Andrea Zorzi. - Bologna : Il mulino ; Berlin : Duncker & Humblot, 2001. - 373 p. ; 24 cm. - (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Contributi = Jahrbuch des italienisch-deutschen historischen Instituts in Trient. Beiträge ; 11)

Atti del convegno tenuto a Trento nei giorni 21-23 ottobre 1999. - Nell'occh. : Istituto trentino di cultura.

ISBN 88-15-08511-4. - ISBN 3-428-10766-7

1. Giustizia penale - Amministrazione - Germania - Congressi - Trento - 1999 2. Giustizia penale - Amministrazione - Italia - Congressi - Trento - 1999 I. Bellabarba, Marco II. Schwerhoff, Gerd III. Zorzi, Andrea

345.430 5

Scheda a cura della Biblioteca ITC-isig

Composizione e impaginazione a cura dell'Ufficio Editoria ITC.

ISBN 88-15-08511-4
ISBN 3-428-10766-7

Sommario/Inhalt

Presentazione

di *Marco Bellabarba, Gerd Schwerhoff* e *Andrea Zorzi*

Come è noto, gli studi di storia della giustizia hanno conosciuto nello scorso decennio una fase di piena maturazione delle prospettive scientifiche e di definitivo riconoscimento storiografico a livello internazionale. Ne sono testimonianza il grande numero di ricerche, la frequenza sempre più intensa degli incontri e dei convegni di studio, la mole crescente delle pubblicazioni, la nascita di riviste specializzate. Quella che in origine, negli anni settanta del secolo XX, era stata prevalentemente un'iniziativa anglo-francese, si è poi progressivamente estesa alle altre principali storiografie europee e nordamericane, con interessanti aperture recenti a quelle dell'Est europeo e dell'America latina. Il panorama è ormai – all'inizio del nuovo secolo – molto ricco e variegato negli oggetti di studio e nelle scelte di metodo. Si può anzi dire che il settore corre ormai il rischio non solo dell'inflazione degli studi, ma anche della proliferazione dei linguaggi storiografici, con il pericolo di una progressiva incomunicabilità dei risultati della ricerca.

Si pone dunque, crescentemente, l'esigenza di promuovere occasioni di reale confronto tra gli studiosi. È quello che abbiamo cercato di fare organizzando a Trento, nell'ottobre del 1999, delle giornate di studio di cui questo volume raccoglie gli atti. Essi si configurano come un primo confronto tra le pratiche della ricerca nelle storiografie tedesca e italiana, che, nelle intenzioni, doveva puntare a due risultati: da un lato, a un confronto storiografico e di metodo sui diversi percorsi di studio di storia della giustizia e della criminalità in Italia e Germania, sullo sfondo dell'evoluzione internazionale di questo campo del sapere; dall'altro, a un confronto di risultati delle ricerche in area italiana e tedesca, sul lungo periodo, ma con particolare attenzione ad alcune scansioni (quali le autonomie urbane, gli stati territoriali, le trasformazioni del secolo XVIII). Crediamo di poter dire che questi scopi sono stati in buona misura raggiunti, come testimoniano la ricchezza e l'articolazione di questo volume.

Lo spunto di partenza del progetto era stato l'invito a interrogarsi, là dove possibile, sulle possibilità euristiche di interpretazione cui possono dare luogo indagini centrate sull'analisi delle pratiche giudiziarie (intese come ambiti di esplicazione del pluralismo dei sistemi giudiziari) e dei linguaggi

giuridici (intesi come configurazioni dei saperi tecnici e culturali nel contesto dei processi istituzionali) in area italiana e tedesca tra tardo medioevo ed età moderna. Ne sono emersi vari contributi che abbiamo raccolto intorno ad alcuni nuclei tematici: esempi dell'interazione tra i due piani d'indagine nelle città e negli stati territoriali tra tardo medioevo e prima età moderna; analisi delle procedure giudiziarie sul più lungo periodo; scandagli più puntuali sulla varietà di esperienze che assunse la giustizia penale in area tedesca e italiana; illustrazioni di pratiche e comportamenti sociali soggetti a processi di criminalizzazione; e alcuni quadri di sintesi e di confronto più ampio con le attuali correnti di studio internazionali, emersi dalla tavola rotonda che chiuse il convegno.

Dai singoli contributi e dall'insieme degli atti (cui mancano purtroppo i testi di qualche relazione) emergono alcune significative convergenze tra le due storiografie, così come anche alcune loro caratteristiche peculiari. Per entrambe si può per esempio osservare come lo studio dei temi giudiziari abbia compiuto una parabola dalla derivazione economico-sociale e dai metodi quantitativi degli approcci iniziali, alla prospettiva politico-istituzionale di una storia della giustizia criminale e della repressione penale, fino alle aperture alle nuove metodologie delle analisi sociali e culturaliste dell'ultima fase. Si tratta di un processo che si è svolto con tempi e intensità diverse: in Germania, è maturata nel corso degli anni novanta del Novecento una vera e propria generazione di studiosi che si è dedicata sistematicamente alla storia della giustizia penale e della criminalità; mentre in Italia hanno avuto più peso alcune scuole, a cominciare da quella pionieristica di Gaetano Cozzi che avviò questi studi negli anni Settanta, e dai gruppi di ricerca che, dagli anni Ottanta, hanno fatto capo a Mario Sbriccoli, a Elena Fasano Guarini e alla rivista «Quaderni storici».

In entrambe le storiografie hanno inoltre giocato un ruolo importante, ma con esiti molto diversi, le rispettive, ricche e importanti, tradizioni degli studi storico-giuridici. In quella tedesca hanno esercitato un condizionamento molto forte, fino a tempi recenti, gli approcci formalisti e normativi, che hanno provocato una decisa reazione verso indagini di tipo più marcatamente sociale. In quella italiana, si è invece sviluppato un perdurante interesse per lo studio del pensiero giuridico e del ruolo dei giuristi, che è stato alla base di un confronto costante tra storici del diritto e della società. La storiografia italiana – che ha conosciuto una lunga e feconda stagione iniziale di studi sulle istituzioni giudiziarie – ha così potuto sviluppare negli ultimi anni un interesse crescente per gli apporti e per le prospettive aperte dall'analisi delle culture e dei linguaggi giuridici. Per reazione, gli storici tedeschi hanno invece mantenuto più vivi gli interessi per la storia sociale

della criminalità e per la dimensione penale del disciplinamento giudiziario, con un maggiore ancoraggio, forse, rispetto a quelli italiani, alle prospettive e ai dibattiti aperti dalla storiografia anglosassone tra gli anni settanta e ottanta. Ma sono, questi, solo alcuni spunti iniziali per il lettore che vorrà approfondirli.

Desideriamo infine ringraziare l'Istituto storico italo-germanico di Trento che ha rinnovato anche in questa occasione la sua vocazione all'incontro tra le culture e le storiografie italiana e tedesca, accogliendo generosamente il nostro progetto e curandolo fino alla pubblicazione degli atti. La nostra gratitudine va anche al Dipartimento di Studi storici e geografici dell'Università degli Studi di Firenze e alla Fakultät für Geschichtswissenschaft und Philosophie dell'Università Bielefeld, che hanno contribuito alla migliore organizzazione del convegno, e all'International Association for the History of Crime and Criminal Justice, che ha offerto il patrocinio scientifico.

I

Poteri urbani e sistemi giudiziari nel tardo medioevo / Herrschaft und Justiz in spätmittelalterlichen Städten

Negoziazione penale, legittimazione giuridica e poteri urbani nell'Italia comunale

di *Andrea Zorzi*

1. *Introduzione*

In questo intervento mi concentrerò sulle città italiane di tradizione comunale in un arco cronologico che, grosso modo, va dalla seconda metà del secolo XIII alla prima del successivo. Fu, questo, un periodo caratterizzato da un mutamento profondo dei gruppi dirigenti e dei regimi politici urbani. Al centro di tale trasformazione furono posti i sistemi giudiziari e la dimensione giuridica, che costituirono le risorse fondamentali della lotta politica di quegli anni. L'assunto può apparire generico. Il rapporto tra giustizia e politica è da sempre, infatti, uno dei nessi delle relazioni di potere, e determina le pratiche sociali e politiche di ogni società storica. Per restare al secolo XIII basterà ricordare la centralità che esso assunse nella definizione della sovranità imperiale di Federico II[1]. Ma nelle città comunali, nella fase di affermazione sul piano politico dei gruppi sociali appartenenti al mondo degli affari, della mercatura e delle corporazioni, che cominciò ad attuarsi in molte città nella seconda metà del Duecento, questo nesso, mai come prima fu assunto sistematicamente, fu al centro della competizione per il potere, fu elaborato ideologicamente.

La giustizia, e in particolare la giustizia cresciuta intorno al penale, e la riflessione dottrinaria servirono infatti il processo di affermazione politica di nuovi gruppi sociali e familiari e di legittimazione dei nuovi assetti di potere – delle nuove configurazioni istituzionali, vale a dire, assunte dai regimi politici urbani italiani, indifferentemente in ciò, come vedremo, se svolgimenti a 'popolo' o soluzioni signorili. Da qui – in un convegno che abbiamo inteso dedicare programmaticamente all'analisi del rapporto tra le pratiche giudiziarie e i linguaggi giuridici – queste mie riflessioni odierne, che si inquadrano in una ricerca che conduco da tempo sui sistemi giudiziari e sui regimi politici nelle città comunali italiane tra XIII e XIV

[1] E.H. Kantorowicz, *Federico II, imperatore* (1927), Milano 1976, pp. 207 ss.

secolo[2]. Articolerò pertanto il mio contributo in due parti: la prima (§§ 2, 3 e 4) – che potremmo titolare «l'officina della prassi» – sarà dedicata a un'analisi delle pratiche giudiziarie cittadine; la seconda (§ 5) – che si riferisce invece al «laboratorio sapienziale»[3] – si concentrerà sul ruolo che un paio di generazioni di giuristi, sia pratici sia dottori, si trovarono a svolgere in quegli anni nel vivo delle trasformazioni sociali e politiche.

2. *Il sistema podestarile*

Come punto di partenza dell'analisi delle pratiche giudiziarie può essere assunta la crisi del sistema podestarile, che maturò nei decenni centrali del secolo XIII. Di esso rammenterò, in breve, le principali caratteristiche. Dopo un periodo di sperimentazione a cavallo tra XII e XIII secolo, tale sistema venne, come è noto, stabilizzandosi nel secondo decennio del Duecento intorno alla figura del podestà, un politico di professione, forestiero e appartenente in larga misura ai gruppi dirigenti comunali emersi nel corso del secolo XII, alcuni lignaggi dei quali si specializzarono proprio nel nuovo funzionariato itinerante. L'affermazione del podestà un po' in tutti i comuni italiani diede vita a un nuovo assetto, che vedeva il podestà e i suoi collaboratori tecnici (notai e giudici) affiancati dai consigli comunali nei quali continuava a risiedere il potere decisionale. Nel nuovo assetto, il podestà assunse soprattutto un ruolo esecutivo: la giustizia, la fiscalità, la guerra, i lavori pubblici, furono tra le principali competenze che, insieme con quelle di presidenza dei consigli e di custodia dell'ordine pubblico, caratterizzarono il ruolo podestarile per la capacità, eminentemente politica, di collegare e coordinare l'attività dei vari settori amministrativi del comune[4]. Il podestà, soprattutto, si pose a garante di un sistema politico flessibile e aperto che proprio per suo tramite conobbe un primo decisivo allargamento

[2] Rinvio a A. ZORZI, *La giustizia a Firenze in età comunale (1250-1343). Pratiche sociali, sistemi giudiziari, configurazioni istituzionali*, tesi di dottorato, Università degli studi di Firenze, 1992; dello stesso autore, *Conflitti per il potere. Ricerche su politica e giustizia a Firenze in età comunale*, in corso di stampa.

[3] Riprendo le belle espressioni di P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma - Bari 1995, pp. 37 e 125.

[4] Cfr. J.-C. MAIRE VIGUEUR, *L'ufficiale forestiero*, in *Ceti, modelli, comportamenti nella società medievale (secc. XIII-metà XIV)*, Pistoia 2001, pp. 55-77; dello stesso autore, *Conclusione: flussi, circuiti, profili*, in J.-C. MAIRE VIGUEUR (ed), *I podestà dell'Italia comunale*, parte I: *Reclutamento e circolazione degli ufficiali forestieri (fine XII sec.-metà XIV sec.)*, Roma 2000, pp. 897-1099.

a nuove famiglie e a nuovi gruppi sociali. Il sistema podestarile favorì cioè quel processo di emersione a livello istituzionale di forze e nuclei di potere che trovarono nello strumento associativo – le prime arti, ma anche le *societates militum* e quelle territoriali – la configurazione predominante. Proprio nell'età podestarile si compì il decisivo avvicinamento dei movimenti di 'popolo' ai centri del potere comunale[5].

L'allargamento della società politica fu acquisito anche sul piano giudiziario attraverso la mediazione dei conflitti. Nelle curie podestarili si affermò nella prima metà del Duecento una procedura – che si usa definire, non senza qualche approssimazione, accusatoria – ad impianto sostanzialmente triadico, che trasponeva sul piano del confronto formale davanti al giudice (un confronto di posizioni, con ampio ricorso a tecniche giuridiche ed oratorie[6]) la logica agonistica dei conflitti di faida. I decenni a cavallo tra secolo XII e XIII furono infatti il periodo in cui sono attestati – in documenti giuridici e nelle cronache, a Bologna come a Firenze, a Pisa come a Genova – i cosiddetti 'patti di torre', che lignaggi e gruppi familiari sottoscrivevano al fine di condividere la gestione in comune delle strutture militari urbane: torri, fortilizi, serragli[7]. Nel conflitto violento, nella conduzione delle faide, i lignaggi maggiori usavano infatti condurre la lotta politica cittadina. I primi statuti comunali – per esempio, a Pistoia – legittimarono tali pratiche, riconoscendo la liceità della vendetta e le pratiche della «werra», del «bellum» civico[8]. Gli stessi giuristi dovettero prenderne atto: glossatori come Piacentino e Azzone, per esempio, rintracciarono nel codice quelle rubriche (a cominciare da C.3.27: «quando liceat sine iudice

[5] E. ARTIFONI, *Tensioni sociali e istituzioni nel mondo comunale*, in N. TRANFAGLIA - M. FIRPO (edd), *La storia. I grandi problemi dal Medioevo all'Età contemporanea*, II/2: *Il Medioevo. Popoli e strutture politiche*, Torino 2986, pp. 479-481; E. ARTIFONI, *Città e comuni*, in *Storia medievale*, Roma 1998, pp. 376-379.

[6] Cfr. A. GIULIANI, *L'ordo judiciarius medioevale. Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico*, in «Rivista di diritto processuale», 43, 1988, pp. 598-614; P. FIORELLI, *Accusa e sistema accusatorio (Diritto romano e intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1958, I, pp. 330-334; M. VALLERANI, *Conflitti e modelli procedurali nel sistema giudiziario comunale. I registri di processi di Perugia nella seconda metà del XIII secolo*, in «Società e storia», 48, 1990, pp. 267-299; dello stesso autore, *I processi accusatori a Bologna fra Due e Trecento*, *ibidem*, 78, 1997, pp. 741-788.

[7] Cfr., per esempio, G. GOZZADINI, *Delle torri gentilizie in Bologna e delle famiglie alle quali prima appartennero*, Bologna 1880; P. SANTINI, *Società delle torri in Firenze*, in «Archivio storico italiano», serie IV, XX, 1887, pp. 25-58 e 178-204.

[8] N. RAUTY (ed), *Statuti pistoiesi del secolo XII. Breve dei consoli (1140-1180), Statuto del podestà (1162-1180)*, Pistoia 1996, B. 38, B. 52.

unicuique se vindicare») che potessero legittimare le pratiche vendicatrici[9]. La procedura accusatoria – di impianto 'isonomico'[10] – sviluppata dai tribunali podestarili del primo Duecento era dunque modellizzata anche sul «facere ad vindictam»[11]. Prese corpo in quell'arco di tempo quel pluralismo di sistemi giudiziari tipico delle società comunali italiane, che le ricerche recenti stanno mettendo in luce: un sistema complesso di piani interagenti tra i modi infragiudiziari (faide, vendette, tregue, paci, arbitrati) e quelli processuali, egemonizzati dalla procedura accusatoria, largamente utilizzata nei conflitti patrimoniali.

Là dove si è conservata la documentazione giudiziaria – per il Duecento, di fatto, solo a Bologna e a Perugia – gli studi hanno potuto mettere in rilievo alcune caratteristiche del funzionamento dell'attività giudiziaria podestarile. Il processo accusatorio non produceva condanne, se non in misura marginalissima: a Perugia, nel 1258, per esempio, solo 42 accuse su 560 (l'8%) sfociarono in una sentenza sanzionatoria[12]; la funzione podestarile era chiaramente quella di offrire una mediazione a conflitti che sfociavano in una soluzione extraprocessuale. Non tutti potevano però permettersi la mediazione processuale per risolvere un conflitto, a causa del suo costo; il processo si configurava, cioè, come sistema progressivamente adottato dai *cives* abbienti, da coloro cioè che potevano permettersi spese, anticipate, per procuratori, fideiussori, cauzioni e tasse varie procedurali[13]. In termini interpretativi, si trattava di una giustizia che Mirjan Damaška ascriverebbe al modello «reattivo»[14].

[9] Cfr. C. GHISALBERTI, *La condanna al bando nel diritto comune*, in «Archivio giuridico Filippo Serafini», serie VI, 27, 1960, pp. 69-70.

[10] A. GIULIANI, *L'ordo judiciarius medioevale*, cit., p. 601.

[11] Cfr. anche M. MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano 1998, p. 284, in nota, per lo schema accusatorio quale modello formalizzato per «facere ad vindictam».

[12] M. VALLERANI, *Il sistema giudiziario del comune di Perugia. Conflitti, reati e processi nella seconda metà del XIII secolo*, Perugia 1991, p. 31. A Bologna, tra 1285 e 1300, la percentuale delle accuse conclusesi in condanna oscillò tra l'8 e il 21%, con una media inferiore al 17%: M. VALLERANI, *I processi accusatori*, cit., pp. 776-777.

[13] Vallerani, per esempio, ha calcolato nel 30% le cause abortite negli anni Ottanta a Bologna per l'incapacità dell'accusatore di proseguire il confronto, di reperire i fideiussori: M. VALLERANI, *I processi accusatori*, cit., p. 767. Cfr. anche *ibidem*, pp. 762-763, e dello stesso autore, *L'amministrazione della giustizia a Bologna in età podestarile*, in «Atti e memorie della Deputazione di storia patria per le Province di Romagna», 43, 1992, pp. 312-313.

[14] M.R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna 1991, pp. 136 ss.

La dimensione penale era pertanto assai esigua limitandosi a casi sporadici di condanne quasi sempre in contesti processuali di tipo politico o intesi a colpire figure protodelinquenziali; il sistema sanzionatorio si affidava invece, estesamente, al bando per contumacia[15]. A ben vedere, credo che per le città italiane non si possa parlare di un vero sistema penale fino agli ultimi decenni del Duecento. Meglio ancora, credo che fino a quel torno di tempo non si possa parlare in termini di «penale». Il sistema giudiziario, come abbiamo visto, non perseguiva finalità punitive, ma mediatrici. Ciò detto, era pur sempre un sistema che ovviamente prevedeva delle sanzioni. Anche in questo caso, la documentazione soccorre con molta chiarezza: negli archivi delle città comunali cominciarono a essere prodotti e conservati dal secondo e dal terzo decennio del Duecento, in coincidenza con il consolidamento del sistema podestarile in quasi tutti i comuni, dei *libri bannitorum*. Registri che tenevano memoria, cioè, dei banditi *pro maleficio* e per debito[16]. A essere sanzionati non erano cioè gli eventuali malefici commessi, ma la contumacia strutturale che corrispondeva alla citazione in giudizio. Il bando colpiva chi si sottraeva al confronto processuale, chi non rispondeva ai precetti, alle ingiunzioni del podestà, chi trasgrediva ai bandi che disciplinavano il porto d'armi, la deambulazione notturna, e alcuni comportamenti ritenuti immorali. Per tale via si vennero producendo liste e registri di sanzionati e di banditi. L'esito quantitativo era clamoroso. Dove si è tentato qualche calcolo – a Siena, a Perugia, a Bologna –, i numeri sono in termini di migliaia[17]. Di fatto, il bando era l'unica pena irrogabile nel sistema processuale che abbiamo descritto. Giuseppe Salvioli parlò non a caso di «carattere delittuoso» della contumacia[18]: vale a dire, la contumacia come reato, e il *bannum pro contumacia* sancito in molti statuti.

[15] Per Perugia, cfr. M. VALLERANI, *Il sistema giudiziario*, cit., p. 60; per Bologna, M. VALLERANI, *I processi accusatori*, cit., p. 777.

[16] Ne abbiamo attestazione certa e, nei casi più fortunati, esemplari superstiti, per esempio, per Firenze (cfr. D. DE ROSA, *Alle origini della repubblica fiorentina. Dai consoli al «primo popolo» (1172-1260)*, Firenze 1995, p. 86), Siena (cfr. P.R. PAZZAGLINI, *The Criminal Ban of the Sienese Commune. 1225-1310*, Milano 1979, pp. 48-49) e, al solito, per Perugia (cfr. M. VALLERANI, *Il sistema giudiziario*, cit., pp. 151-153; e Bologna (cfr. G. MILANI, *Prime note su disciplina e pratica del bando a Bologna attorno alla metà del secolo XIII*, in «Mélanges de l'École française de Rome, Moyen Âge», 109, 1997, pp. 504-505).

[17] Cfr. ancora P.R. PAZZAGLINI, *The Criminal Ban*, cit., p. 21 e G. MILANI, *Dalla ritorsione al controllo. Elaborazione e applicazione del programma antighibellino a Bologna alla fine del Duecento*, in «Quaderni storici», 32, 1997, p. 46.

[18] G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, in P. DEL GIUDICE (ed), *Storia del diritto italiano*, Milano 1927, III/2, pp. 396-397: «l'inosservanza alla citazione per rispondere

3. *La crisi del sistema*

Questo sistema, che conobbe il proprio apogeo, un po' ovunque, nel secondo quarto del Duecento, entrò in crisi nei decenni centrali del secolo. Sulla crisi non è stata ancora posta, forse, la dovuta attenzione, in termini di modalità e di cronologie. Si trattò, viceversa, di una serie di concause riconducibili alla crisi della flessibilità del sistema politico podestarile[19]. I primi segnali si colgono negli anni Trenta, per poi maturare nel decennio successivo, quando i podestà di nomina imperiale cominciarono a operare sistematicamente in favore dei sostenitori federiciani: venendo meno, così, la funzione mediatrice del processo accusatorio, i conflitti di faida e di fazione si inasprirono trovando ora sbocco solo nella sopraffazione. Negli anni Quaranta e Cinquanta si produssero infatti i primi grandi esodi di massa dalle città delle fazioni soccombenti; agli esodi dei guelfi o dei ghibellini cominciarono ad affiancarsi i meccanismi di espulsione e le prime liste di banditi politici. Contemporaneamente, il processo accusatorio cominciò a essere contestato e rifiutato dai gruppi sociali che fino ad allora ne erano rimasti vittime o esclusi per censo. I nuovi soggetti politici di 'popolo' diedero infatti vita a proprie magistrature, che quasi ovunque presero il titolo di capitano del popolo, e che svolsero nei primi anni – fino a quando non fu consolidato un nuovo sistema giudiziario – una funzione sindacale di controllo politico dell'attività giudiziaria podestarile[20].

Ciò che cominciò a profilarsi a metà del Duecento, e poi a prodursi in quasi tutti i comuni nella seconda metà del secolo, fu in effetti un mutamento profondo degli assetti di potere. Le novità maggiori si produssero sul piano sociale, con l'emersione sul piano politico di nuovi gruppi familiari, cresciuti in ricchezza e *status* (al punto da assimilarsi, taluni, alle consuetudini della *militia*) con la mercatura, le attività bancarie, l'imprenditoria artigiana e

di un delitto o di una semplice obbligazione civile apparve disobbedienza agli ordini del magistrato».

[19] Propongo qui, in estrema sintesi, alcuni elementi di riflessione che ho svolto più distesamente, sulla base del caso fiorentino, in A. ZORZI, *I rettori di Firenze. Reclutamento, flussi, scambi (1193-1313)*, in J.-C. MAIRE VIGUEUR (ed), *I podestà dell'Italia comunale*, cit., pp. 513-516.

[20] Cfr. gli esempi, per Viterbo, in E. ARTIFONI, *Tensioni sociali*, cit., p. 480; per Perugia, in J.-C. MAIRE VIGUEUR, *Justice et politique dans l'Italie communale de la seconde moitié du XIIIe siècle: l'exemple de Pérouse*, in «Comptes rendus de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres», 1986, pp. 315-316; dello stesso autore, *Il comune popolare*, in *Società e istituzioni dell'Italia comunale: l'esempio di Perugia (secoli XII-XIV)*, Perugia 1988, I, pp. 52-54; per Firenze, in A. ZORZI, *I rettori di Firenze*, cit., pp. 532-533.

le stesse professioni giuridiche. Sarebbe poi stato questo il 'popolo' che avrebbe cominciato a occupare gli uffici politici nella seconda metà del secolo. Questi processi non furono per nulla pacifici, bensì conflittuali e violenti. Alla crisi del sistema podestarile fece seguito un nuovo assetto, fondato principalmente sui meccanismi di proscrizione e di esclusione – politica, civile, penale – e su quelli di reintegrazione negoziata. Lo scopo era quello, evidente, del ricambio e della selezione dei gruppi dirigenti comunali.

Leva dell'affermazione sul piano politico dei nuovi gruppi sociali furono le pratiche fondate sul penale e sulla sua negoziazione, e su una straordinaria mobilitazione ideologica intorno ai temi della *pax* e della *iustitia*. Piani di svolgimento di questi processi – che richiamerò, di seguito, per lineamenti – furono principalmente: le misure cosiddette antimagnatizie; lo sviluppo delle pratiche giudiziarie fondate sulle procedure *ex officio*, sulla dilatazione del penale e sulla diffusione delle misure straordinarie; e l'uso giudiziario del bando politico.

a. Le misure antimagnatizie

Quanto alle misure antimagnatizie, evidenzierei in questa sede innanzitutto la combinazione tra l'esclusione dagli uffici politici di lignaggi che sin dall'età consolare avevano dominato la scena politica del comune – esclusione attestata un po' ovunque[21] – e la loro discriminazione penale rispetto ai cittadini considerati di 'popolo': discriminazione che andava dall'obbligo di dare cauzione del proprio comportamento (a Padova, per esempio, come a Reggio, Parma, Modena, Firenze od Orvieto)[22], alla responsabilità familiare per i comportamenti violenti dei singoli membri – ancora a Modena, per esempio, o a Parma, a Firenze o a Pisa[23], all'aggravamento delle sanzioni, con la duplicazione, e talora la moltiplicazione, della pena rispetto ai medesimi crimini compiuti da popolani anch'esse attestate in più comuni: a Bergamo, a Modena, a Brescia, a Parma, a Bologna e a Firenze, per esempio[24]. Questo nesso, immediato ed esplicito, tra politica e giustizia consisteva sostanzialmente in una sorta di 'iperpenale', una ferma discriminazione, corroborata da misure *extra* ordinarie sul piano delle procedure giudiziarie, a comin-

[21] Cfr. G. FASOLI, *Ricerche sulla legislazione antimagnatizia nei comuni dell'alta e media Italia*, in «Rivista di storia del diritto italiano», 12, 1939, pp. 245-247.

[22] *Ibidem*, p. 254.

[23] *Ibidem*, pp. 257 e 259.

[24] *Ibidem*, p. 256.

ciare dal sistema probatorio (in molti comuni ridotto al mero giuramento dell'offeso o dei suoi eredi, come, per esempio, a Parma, Pisa, Asti, Padova, Bologna, Orvieto e Firenze)[25], dall'uso strumentale della nozione di *fama publica* (a Firenze, per esempio, la deposizione dei testi era chiesta solo per provare la pubblica fama)[26], dall'indebolimento delle garanzie procedurali per l'imputato con abbreviazione dei termini, condanna immediata, pagamento solo in contanti, negazione del diritto d'appello: vari esempi sono possibili per i comuni di Pistoia, Volterra, Firenze, Reggio, Modena, Padova, Bologna[27].

A questo armamentario giuridico corrispose però, nei fatti, una scarsa applicazione delle misure penali; notata, per esempio, nella documentazione giudiziaria, da Gina Fasoli per Bologna[28]. E ciò non per caso. La finalità non era quella di punire, ma di marginalizzare dal gioco politico – attraverso il processo di «magnatizzazione» – i vecchi detentori del potere urbano, negoziando la loro reintegrazione politica (la riammissione, vale a dire, agli uffici politici) attraverso le risorse giudiziarie e penali: è il caso di Firenze, che ho potuto studiare direttamente; ma fenomeni analoghi si rilevano per esempio anche a Lucca e a Genova (dove la ricerca potrebbe approfondirli)[29]. In questa chiave, appare con chiarezza la natura politica della categoria di magnate, che pur fondandosi su reali differenze sociali – magnatizi vennero quasi ovunque definiti i lignaggi che, indipendentemente dalla loro antichità, annoveravano tra i propri membri dei *milites* – ebbe risvolti eminentemente giuridici. È questo, infatti, un esempio chiarissimo di costruzione di una categoria sociale attraverso gli ordinamenti normativi: di un'esplicita rappresentazione, cui diede sostegno una mobilitazione ideologica senza precedenti nella storia comunale. La demonizzazione dei lignaggi magnatizzati, fu infatti corroborata dall'ideologia civica della *pax* e della *iustitia* – di una giustizia, si noti, di 'popolo', e di una pace che legittimasse i nuovi assetti di potere –, e dal sostegno attivo degli intellettuali: i predicatori, i cronisti, gli stessi giuristi[30].

[25] *Ibidem*, p. 258.

[26] *Ibidem*.

[27] *Ibidem*, pp. 257-259.

[28] *Ibidem*, p. 261.

[29] Cfr. gli spunti *ibidem*, pp. 282 e 292.

[30] A. Zorzi, *Politica e giustizia a Firenze al tempo degli Ordinamenti antimagnatizi*, in V. Arrighi (ed), *Ordinamenti di giustizia fiorentini. Studi in occasione del VII centenario*, Firenze 1995, pp. 136-144.

b. Le procedure «ex officio»

Analogie si riscontrano anche nelle pratiche giudiziarie ordinarie. Nella seconda metà del Duecento esse appaiono caratterizzarsi per la decisa dilatazione della sfera penale, per l'affermazione delle procedure *ex officio* e per la diffusione delle misure straordinarie. La dilatazione del penale si può cogliere all'analisi degli statuti, che proprio nelle redazioni dei decenni a cavallo tra XIII e XIV secolo finirono col dedicare quasi ovunque un libro apposito alle materie criminali, che appaiono ormai dilatate a coprire una gamma sempre più ampia di comportamenti soggetti a gradi diversi di penalizzazione[31].

Innegabile è poi lo sviluppo dell'iniziativa *ex officio*, che un approccio formalista ha a lungo inquadrato, fino a ricerche recenti, nella contrapposizione tra procedura accusatoria e procedura inquisitoria[32]. In realtà, nelle curie dei rettori giudiziari, il procedimento *ex officio* conobbe, sempre nel secondo Duecento, una rapida affermazione per le diverse finalità che si intesero allora attribuire all'attività giudiziaria dei tribunali: non più solo luogo di mediazione formale dei conflitti, ma anche, crescentemente, strumento per la produzione di condannati[33]. Lo scarto stava tutto nel mutamento in atto negli assetti di potere all'interno delle città. Le procedure *ex officio* vennero affiancando e integrando quelle su accusa, dando anzi vita, molto spesso, a conduzioni processuali miste, ibride[34]. In termini quantitativi le inchieste avviate d'ufficio rimasero sempre largamente meno numerose rispetto a quelle tradizionali[35]. Ma ciò che contava era la qualità diversa dell'azione giudiziaria, non più «reattiva», ma ora direttamente

[31] Così, per esempio, S. CAPRIOLI et al. (edd), *Statuto del comune di Perugia del 1279*, Perugia 1996; A. GHIGNOLI (ed), *I brevi del comune e del popolo di Pisa dell'anno 1287*, Roma 1998; R. CAGGESE (ed), gli *Statuti della repubblica fiorentina. Statuto del capitano del popolo degli anni 1322-25. Statuto del podestà dell'anno 1325*, nuova ed. con introduzioni di G. Pinto, F. Salvestrini e A. Zorzi, Firenze 1999.

[32] Dalla manualistica di fine Ottocento fino alla recente sintesi di E. DEZZA, *Accusa e inquisizione dal diritto comune ai codici moderni*, Milano 1989, e ai primi lavori di M. VALLERANI, *Conflitti e modelli procedurali*, cit.

[33] Cfr., per un primo inquadramento, X. ROUSSEAUX, *Initiative particulière et poursuite d'office. L'action pénale en Europe (XIIe-XVIIIe siècles)*, in «International Association for the History of Crime and Criminal Justice Bulletin», 18, 1993, pp. 58-92.

[34] Come ha mostrato Vallerani sulla documentazione giudiziaria perugina e bolognese: cfr. M. VALLERANI, *Il sistema giudiziario*, cit., pp. 122-125; e dello stesso autore, *L'amministrazione della giustizia*, cit., pp. 305-308.

[35] M. VALLERANI, *I processi accusatori*, cit., p. 747.

«attiva»[36]. Come ha osservato Mario Sbriccoli, l'*inquisitio ex officio* si configurò infatti essenzialmente come un modo più efficace di produrre le prove[37]. In stretta connessione, le pratiche giudiziarie comunali svilupparono nuovi istituti che andavano in senso analogo: la tortura, che è attestata negli statuti a cominciare proprio dalla metà del Duecento, le testimonianze per *publica fama*, concetti come quelli di *seditio* e *rebellio*, etc.[38].

La finalità, come detto, era quella di produrre dei condannati. Ma, anche in questo caso, non tanto per punirli, bensì per legittimare, anche attraverso le pratiche giudiziarie, l'affermazione dei nuovi regimi sul piano politico. Cerco di chiarire questo punto, che è nodale nella mia interpretazione. L'analisi della documentazione un po' in tutti i comuni in cui è superstite ed è stata analizzata, attesta due elementi fondamentali delle pratiche giudiziarie comunali a cavallo tra Due e Trecento: la contumacia strutturale degli inquisiti e la negoziazione della pena che a essa corrispondeva.

Ho potuto analizzare la logica di questo sistema sulla base del caso di Firenze nei decenni a cavallo tra XIII e XIV secolo[39]: al podestà venivano periodicamente conferiti poteri eccezionali di inchiesta; ciò dava luogo alla dilatazione della sfera dei comportamenti criminalizzati e a un incremento di azioni *ex officio*; molto raramente gli inquisiti erano condotti o si presentavano in giudizio; altissimo era infatti il tasso di contumacia; ciò serviva, da un lato, agli interessati a negoziare una riduzione se non la cancellazione della pena, e, dall'altro, al priorato (il massimo organo politico) che ne riceveva le richieste legittimandosi sul piano politico e attivando politiche di grazia. Alla contumacia va dunque riconosciuta una natura fisiologica, che serviva il processo di reintegrazione sociale e quello di legittimazione del potere.

[36] Per usare sempre le categorie interpretative di M.R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia*, cit., pp. 147 ss.

[37] M. SBRICCOLI, *«Vidi communiter observari». L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico», 27, 1998, p. 239.

[38] Cfr. P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, 2 voll., Milano 1953-1954; M. SBRICCOLI, *«Tormentum idest torquere mentem». Processo inquisitorio e interrogatorio per tortura nell'Italia comunale*, in J.-C. MAIRE VIGUEUR - A. PARAVICINI BAGLIANI (edd), *La parola all'accusato*, Palermo 1991, pp. 17-32; e M. SBRICCOLI, *«Crimen lesae maiestatis». Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano 1974.

[39] Rinvio ad A. ZORZI, *Politica e giustizia a Firenze*, cit., pp. 144-147.

c. Le pratiche del bando

Questa finalità è chiarissima se si analizza la diffusione del bando, che non era più uno strumento nuovo ma una risorsa flessibile, multiforme, ora riutilizzata per sostenere il processo sociale e politico in atto. Come abbiamo visto, la contumacia e l'irrogazione della pena erano le due componenti fondamentali e speculari del sistema giudiziario sviluppatosi intorno a un nucleo crescente di diritto penale. Le curie dei tribunali dei rettori forestieri procedevano in genere in assenza dell'inquisito, e lo condannavano per lo più al bando – bando *pro maleficio* prima ancora che bando per esilio[40] – in base alla sua contumacia, ritenuta prova di colpevolezza. Ciò poneva gli uffici politici nella condizione di forza di negoziare con i contumaci banditi l'assoluzione dalla condanna, la remissione delle pene, la riammissione nel quadro politico.

È un meccanismo che si coglie con chiarezza – come abbiamo visto – nelle misure antimagnatizie e nelle pratiche giudiziarie ordinarie, e che altrettanto bene si coglie nell'uso politico del bando, il quale si diffuse con una certa sistematicità nei decenni a cavallo tra XIII e XIV secolo: i più noti sono i bandi bolognesi contro la fazione dei Lambertazzi tra anni Settanta e Ottanta, e quelli fiorentini contro i bianchi e i ghibellini del 1302 e del 1311[41]. Il meccanismo del processo di esclusione per via giuridica risiedeva nella possibilità, per alcune famiglie e per alcuni individui, di escluderne altri dagli uffici e dalla città e di colpirli nelle basi patrimoniali[42]. Ma fondamentale era il processo di negoziazione del bando e di riammissione nella società politica comunale. Frequenti furono infatti le pacificazioni collettive promosse dalle autorità comunali, spessissimo in coordinamento con legati pontifici o comunque con figure prelatizie – in un arco di tempo che andò grosso modo dagli anni Settanta del Duecento agli anni Venti del

[40] Sulle tipologie del bando, cfr. D. CAVALCA, *Il bando nella prassi e nella dottrina giuridica medievale*, Milano 1978; ma anche G. MILANI, *Prime note*, cit.

[41] Cfr. G. MILANI, *Il governo delle liste nel comune di Bologna. Premesse documentarie e genesi di un libro di proscrizione duecentesco*, in «Rivista storica italiana», 108, 1996, pp. 149-229; dello stesso autore, *Dalla ritorsione al controllo*, cit., pp. 43-74; e F. RICCIARDELLI, *Introduzione* a F. RICCIARDELLI (ed), *Il Libro del Chiodo*, Roma 1998, pp. XX-XXIV.

[42] Sui meccanismi di esclusione attraverso il bando nella società comunale italiana, cfr. ora D. CAVALCA, *Il bando*, cit., pp. 101 ss.; J. HEERS, *L'exil politique, facteur de transferts économiques (Italie centrale. XIIIe-XVe siècle)*, in J. HEERS - Ch. BEC (edd), *Exil et civilisation en Italie (XIIe-XVIe siècles)*, Nancy 1990, pp. 9-20; dello stesso autore, *L'esilio, la vita politica, la società nel Medioevo*, Napoli 1997, pp. 103 ss.; e ora G. MILANI, *Il governo delle liste*, cit.; dello stesso autore, *Dalla ritorsione al controllo*, cit.

Trecento (basti pensare alle grandi paci promosse a Bologna, a Firenze, a Siena, in quegli anni[43]). I provvedimenti di amnistia offrivano incentivi e condizioni di favore per i contumaci che intendessero rientrare dal bando. A fronte di numeri talora elevatissimi di contumaci posti in condizione di debolezza giuridica, la soluzione di un indulto generalizzato era una scelta politica coerente. Peraltro, spesso, le grandi pacificazioni, le amnistie, le remissioni individuali riguardavano solo in parte la rappacificazione tra gli schieramenti guelfi e ghibellini, la facoltà di rientro in città e diritti civici dei banditi e degli esclusi politici: un largo spazio era infatti dedicato alla ricomposizione tra i singoli gruppi familiari[44].

4. *Ricambio dei gruppi dirigenti e negoziazione penale*

Se colte solo nei diversi contesti locali, queste pratiche giudiziarie possono essere intese come cause o manifestazioni dell'instabilità, della faziosità e della frammentazione del quadro politico, e – come è noto – esse sono state a lungo interpretate, infatti, in termini di tensioni sociali, di conflittualità endemica, di crisi degli ordinamenti comunali, etc. Un dato dovrebbe però far riflettere: che questi sviluppi si produssero un po' in tutti i comuni italiani, tra la seconda metà del Duecento e il primo Trecento. Si trattò, cioè, di un elemento comune a tutte le esperienze, sia pure con cronologie e intensità diverse.

È dunque nel loro insieme che questi sviluppi possono anche essere colti e interpretati: essi sembrano infatti esprimere uno svolgimento coerente, con forti caratteristiche di omogeneità. Alla base era un processo di mutamento profondo nei rapporti di potere, nelle asimmetrie delle relazioni sociali: quell'affermazione di gruppi sociali e famiglie nuove, di selezione e ricambio dei gruppi dirigenti cittadini, di affermazione di nuovi regimi, a base corporativa e a guida mercantile, cui ho più volte accennato, e che passò attraverso il meccanismo dell'esclusione politica negoziata sul piano giudiziario e penale.

[43] Cfr. G. Fasoli, *La pace del 1279 tra i partiti bolognesi*, in «Archivio storico italiano», serie VII, 20, 1933, pp. 49-68; M. Sanfilippo, *Guelfi e ghibellini a Firenze: la 'pace' del cardinal Latino (1280)*, in «Nuova rivista storica», 64, 1980, pp. 1-24; e P.R. Pazzaglini, *The Criminal Ban*, cit., pp. 87-88 e doc. XXV.

[44] Così, per esempio, nella famosa pace del cardinale Latino: I. Lori Sanfilippo (ed), *La pace del cardinale Latino a Firenze nel 1280. La sentenza e gli atti complementari*, in «Bullettino dell'Istituto Storico Italiano per il Medioevo e Archivio Muratoriano», 89, 1980, pp. 227-230.

Tale processo appare evidente anche se osservato da un altro punto di vista, forse ancora più originale: in alcune città gli svolgimenti si espressero attraverso la leva antimagnatizia, in altre maturarono attraverso le affermazioni signorili, vale a dire degli schieramenti fazionari che sostenevano il signore, quasi ovunque anch'essi a larga componente 'popolare'.

La legislazione magnatizia non fu infatti un fenomeno comune a tutte le città: se a Bologna e a Firenze si ebbero gli ordinamenti più solenni, e in molti altri comuni – come abbiamo visto – normative e misure di segno analogo, a Milano, a Verona, ma anche a Piacenza, a Mantova, a Treviso, e in altre ancora[45], le misure che colpivano una larga parte del gruppo dirigente duecentesco non passarono attraverso il processo di magnatizzazione del nemico politico, ma attraverso analoghi meccanismi giudiziari di esclusione (bandi, condanne penali, etc.) che sostennero l'affermazione della fazione (e della clientela) signorile.

Da qui, allora, qualche motivata perplessità a riprendere in questa sede l'interpretazione prevalente che di questi sviluppi ha dato la storiografia più autorevole negli ultimi decenni: vale a dire, quali istanze, crescentemente avvertite, di pacificazione e di disciplinamento, quali tappe di sviluppo verso assetti di poteri pubblici più stabili e definiti e quali prodromi di affermazione di funzioni dello Stato moderno[46].

Nei mutamenti che furono caratteristici di questo periodo, nella produzione di nuova normativa penale e antimagnatizia, nei processi contro i magnati e i nemici politici, nei bandi delle fazioni avverse, nella creazione di nuove magistrature come quelle antimagnatizie, o anche in quelle priorali corporative o nelle soluzioni di tipo più francamente signorile, a me, in verità, non pare di poter ravvisare delle istanze di disciplinamento o una maggiore stabilità delle istituzioni.

[45] Cfr. G. FASOLI, *Ricerche*, cit., *passim*.

[46] Dalle sintesi di G. TABACCO, *Egemonie sociali e strutture del potere nel medioevo italiano*, Torino 1979, pp. 330 ss.; L. MARTINES, *Potere e fantasia. Le città stato nel Rinascimento*, Roma - Bari 1981, pp. 75 ss.; Ph. JONES, *Comuni e signorie: la città-stato nell'Italia tardomedievale*, in Ph. JONES, *Economia e società nell'Italia medievale*, Torino 1980, pp. 503-526; e ora Ph. JONES, *The Italian City-State. From Commune to Signoria*, Oxford 1997; alle interpretazioni di G. CHITTOLINI, *Introduzione*, in G. CHITTOLINI (ed), *La crisi degli ordinamenti comunali e le origini dello stato del Rinascimento*, Bologna 1979, pp. 7-50; J.-C. MAIRE VIGUEUR, *Comuni e signorie in Umbria, Marche e Lazio*, Torino 1987, pp. 495 ss.; e M. SBRICCOLI, *Legislation, Justice and Political Power in Italian Cities, 1200-1400*, in A. PADOA SCHIOPPA (ed), *Legislation and Justice*, Oxford 1997, pp. 37-55.

In altra sede, per esempio, ho cercato di evidenziare, sulla scorta del caso fiorentino, come la legislazione antimagnatizia non ebbe affatto quegli intenti di freno alla violenza fazionaria che le sono attribuiti dal senso comune storiografico, ma che, al contrario, essa consentì proprio alle famiglie e alle organizzazioni di 'popolo' di colpire avversari discriminati sul piano processuale e penale, e di compiere le proprie vendette[47], come è addirittura esplicito nella legislazione di comuni come Asti e Chieri, ma anche Lucca, Siena, Padova o Parma[48]. Né mi pare di scorgere, nei nuovi assetti istituzionali, una maggiore stabilità, vista proprio la frequenza dei rivolgimenti istituzionali, l'alternarsi, in più città, di regimi signorili e a comune, l'andirivendi di fuorusciti, la perdurante rappresentazione da parte dei cronisti di uno stato conflittuale della vita civica[49].

Viceversa, questa fluidità, generata in larga misura dalle pratiche giudiziarie che ho brevemente passato in rassegna, non mi sembra esprimere altro che la configurazione sul piano istituzionale di un mutamento profondo delle società urbane italiane: l'ultima ampia – sociologicamente ampia, prima della crisi economica e dell'inversione del processo sociale che avrebbe condotto, semmai, dai decenni centrali del Trecento, ai conflitti sul lavoro e alle rivolte dei gruppi subalterni – operazione d'accesso di famiglie nuove nei gruppi dirigenti cittadini, attraverso una selezione e un ricambio mediati dalla negoziazione penale.

Un ricambio e un accesso che vennero configurandosi sul piano 'costituzionale' in forme nuove: priorati e anzianati delle arti, capitanati di popolo a vita, legittimazioni signorili di varia natura, con ampia partecipazione ai consigli e distribuzione di uffici alle famiglie nuove. Ovunque si conducano studi sul gruppo dirigente o sulle *élites* (anche economiche) emergono tali elementi: a Verona, per esempio (ove è stata rimarcata la sostanziale assenza del termine «magnate» nel vocabolario sociale e politico locale[50]),

[47] A. ZORZI, *Politica e giustizia a Firenze*, cit., pp. 134 ss.

[48] Per Asti e Chieri, cfr. R. BORDONE, *Magnati e popolani in area piemontese, con particolare riguardo al caso di Asti*, in *Magnati e popolani nell'Italia comunale*, Pistoia 1997, pp. 401 ss. Per le altre città, G. FASOLI, *Ricerche*, cit., pp. 255 e 260.

[49] Su quest'ultima, in particolare, cfr. J.K. HYDE, *Contemporary Views on Faction and Civil Strife in Thirteenth- and Fourteenth-Century Italy*, in L. MARTINES (ed), *Violence and Civil Disorder in Italian Cities, 1200-1500*, Berkeley 1972, pp. 273-307.

[50] Cfr. ora la fondamentale sintesi di G.M. VARANINI, *Istituzioni, società e politica nel Veneto dal comune alla signoria (secolo XIII-1329)*, in A. CASTAGNETTI - G.M. VARANINI (edd), *Il Veneto nel medioevo. Dai comuni cittadini al predominio scaligero nella Marca*, Verona 1991 pp. 263-422 (e p. 342 per la rilevata assenza del termine «magnate»).

a Padova[51], a Mantova[52], a Piacenza[53], in molte città emiliane e lombarde[54], a Firenze[55], a Perugia[56] e così via.

5. *Giuristi militanti*

Il ricambio dei gruppi dirigenti cittadini si ammantò dell'ideologia del pacifico e quieto stato, o della *pax* signorile, a testimonianza dell'intensità del mutamento che era in corso e della mobilitazione di intellettuali cui esso diede luogo. Senza dilungarmi in dettaglio su questo punto – noto in alcune delle sue manifestazioni maggiori[57], metterei qui solo in evidenza come i cronisti cittadini, in larga misura di estrazione notarile e mercantile – come un Matteo Griffoni, un Guglielmo Ventura, per non dire dei fiorentini Dino Compagni e Giovanni Villani[58] – contribuirono a rappresentare

[51] Cfr. da ultimo, S. COLLODO, *Magnati e clientela partigiana nel Duecento*, in S. COLLODO, *Una società in trasformazione. Padova tra XI e XV secolo*, Padova 1990, pp. 137-156; della stessa autrice, *Il ceto dominante padovano, dal comune alla signoria (secoli XII-XIV)*, in S. COLLODO, *Società e istituzioni in area veneta. Itinerari di ricerca (secoli XII-XV)*, Firenze 1999, pp. 35-46.

[52] Cfr. le ricerche di P. TORELLI, *Un comune cittadino in territorio ad economia agraria*, 2 voll., Mantova 1930 e 1952 (soprattutto quest'ultimo, pur postumo: *Uomini e classi al potere*); e ora i contributi di M. VAINI, *Dal comune alla signoria. Mantova dal 1200 al 1328*, Milano 1986.

[53] Cfr. gli studi di P. RACINE, a risalire da *Le «popolo» à Plaisance: du régime «populaire» à la seigneurie*, in *Magnati e popolani nell'Italia comunale*, cit., pp. 347-370.

[54] Come emerge dallo studio di J. KOENIG, *Il «popolo» dell'Italia del Nord nel XIII secolo*, Bologna 1986.

[55] Ove rimangono fondamentali le ricerche di S. RAVEGGI - M. TARASSI - D. MEDICI - P. PARENTI, *Ghibellini, guelfi e popolo grasso. I detentori del potere politico a Firenze nella seconda metà del Dugento*, Firenze 1978; e J.M. NAJEMY, *Corporatism and Consensus in Florentine Electoral Politics, 1280-1400*, Chapel Hill 1982.

[56] Grazie agli studi di S.R. BLANSHEI, *Perugia, 1260-1340: Conflict and Change in a Medieval Italian Urban Society*, Philadelphia 1976; e J.P. GRUNDMAN, *The «popolo» at Perugia, 1139-1309*, Perugia 1992.

[57] Si vedano, in primo luogo, A. DI SALVO, *«Celebrazioni politiche d'occasione»: il caso dei primi Scaligeri*, in P. CAMMAROSANO (ed), *Le forme della propaganda politica nel Due e Trecento*, Roma 1994, pp. 287-310; G.M. VARANINI, *Propaganda dei regimi signorili: le esperienze venete del Trecento*, *ibidem*, pp. 311-343; P. CAMMAROSANO, *Il comune di Siena dalla solidarietà imperiale al guelfismo: celebrazione e propaganda*, *ibidem*, pp. 455-467; S. RAVEGGI, *Appunti sulle forme di propaganda nel conflitto tra magnati e popolani*, *ibidem*, pp. 470-489.

[58] Per vari esempi, cfr. G. FASOLI, *Ricerche*, cit., pp. 265-266.

ideologicamente in termini negativi, e spesso forzati, i conflitti di faida e le lotte di fazione, attribuendone la responsabilità alla «grandigia» e ai costumi violenti dei lignaggi di *milites*. Fu anche questo un aspetto della costruzione di quelle nuove categorie sociali che, in certe città, favorirono l'ascesa delle fazioni signorili e, in altre, il processo di magnatizzazione dei nemici politici interni.

Mi soffermerò invece sul coinvolgimento dei giuristi nell'ampia – e finora, tutto sommato, poco studiata – opera di legittimazione delle pratiche giudiziarie che stavano consentendo l'affermazione dei nuovi rapporti di potere. Protagoniste furono un paio di generazioni di giuristi – intermedie, grosso modo, tra quella di Accursio e quella di Bartolo – composte in larga misura da giuristi non docenti (giudici e procuratori, in primo luogo, comunque dotti) o da docenti, spesso di università minori, che non scrissero solo per la scuola ma anche in funzione della pratica. A lungo – da Federico Carlo Savigny, perlomeno fino a Francesco Calasso – essi sono apparsi una «pleiade» di figure di secondo piano di cui solo poche si levarono «al di sopra della mediocrità»: giuristi coinvolti nel quotidiano, incapaci di spunti teoretici, autori di opere «slombate, fiacche, impersonali e uniformi nel contenuto»[59]. È solo grazie a Enrico Besta e, più di recente, a Ennio Cortese, che questi giuristi hanno cominciato ad attirare un'attenzione non episodica, benché manchino ancora ricerche che ne analizzino sistematicamente le opere, studi che ne diano una valutazione d'insieme e che, soprattutto, le raccordino non genericamente alle trasformazioni della società[60].

Eppure, furono proprio i giuristi postaccursiani a operare uno scarto profondo con la tradizione, prendendo atto dell'impetuoso sviluppo di fatto, *de consuetudine*, delle nuove pratiche di tribunale, e del loro mancato riscontro nella tradizione romanistica. Dalla metà del Duecento, infatti, la dottrina fece crescente fatica a giustificare le novità che maturavano quotidianamente nel corpo sociale in base al proprio tradizionale campo

[59] F. CALASSO, *Medio evo del diritto*, I: *Le fonti*, Milano 1954, p. 545. La prima rivalutazione sistematica dei giuristi postaccursiani si deve a E. BESTA, *Fonti: legislazione e scienza giuridica dalla caduta dell'impero romano al secolo decimosesto*, in P. DEL GIUDICE (ed), *Storia del diritto italiano*, Milano 1925, voll. II/1, pp. 823-834. Cfr. ora gli studi di E. CORTESE, *Legisti, canonisti e feudisti: la formazione di un ceto medievale*, in *Università e società nei secoli XII-XVI*, Pistoia 1982, pp. 246-263; dello stesso autore, *Scienza di giudici e scienza di professori tra XII e XIII secolo*, in *Legge, giudici, giuristi*, Milano 1982, pp. 117-128.

[60] Un primo inquadramento manualistico è in E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, II: *Il basso medioevo*, Roma 1995, pp. 247 ss.

di riferimento giuridico, e avvertì il problema dei rapporti, nelle singole materie, tra lo *ius civile* e la legislazione comunale. È noto il passo di Alberto da Gandino – giurista pratico, giudice nei tribunali podestarili di varie città italiane (Bologna, Firenze, Perugia, Siena) tra il 1280 e i primi anni del Trecento, che in certo qual modo sintetizzava il punto di vista della sua generazione – ove nota come le nuove pratiche di tribunale «servant iudices de consuetudine» e «quamvis sit contra ius civile»[61]. Pur attraverso percorsi non lineari, e talora contraddittori, i giuristi procedettero dunque a ricondurre a ordinarietà pratiche che, nella dottrina, apparivano inizialmente inquadrabili solo in termini di straordinarietà. Nel secondo Duecento, la sistemazione teorica delle nuove materie giudiziarie cominciò così a stabilizzarsi, dando luogo a definizioni comuni, a problemi uniformemente articolati e delimitati. È noto come, sul piano del metodo, l'esegesi dei testi passò in seconda linea, e si diffusero invece le trattazioni monografiche, che conferirono una prima autonomia a vari rami del diritto processuale. L'operazione di assunzione delle norme comunali entro la scienza romanistica passò attraverso un forte sviluppo delle *quaestiones de facto emergentes*[62]: fu questa tipologia testuale, intrecciata a quella dei *libelli* che emanavano dalle pratiche di tribunale, che fece da ponte tra la scienza dei giudici e la scienza dei professori[63] che caratterizzarono lo snodo dottrinale del secondo Duecento.

In una fase di profondo mutamento fu – non a caso – il processo penale a essere assunto come oggetto della vocazione pratica dei postaccursiani: le procedure, lo spazio crescentemente conferito a quella *ex officio*, il sistema probatorio, la tortura, la pubblica fama, il bando, etc. divennero oggetto di trattazioni monografiche. Non ho lo spazio per scendere nei dettagli, ma basterà intanto rammentare alcuni nomi e alcune opere: Martino del Cassero da Fano, per esempio, che oltre a un *Ordo iudiciarius*, scrisse varie questioni sull'arbitrato e sugli statuti[64]; Tommaso di Piperata, bolognese, autore del noto trattatello *De fama*, oltre che di una questione *de statutis*[65]; Gabriele degli Oseletti, modenese, autore, secondo Alberico da Rosciate,

[61] ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, in H.U. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus und das Strafrecht des Scholastik*, Berlin - Leipzig 1926, II, pp. 38-39.

[62] E. CORTESE, *Legisti, canonisti e feudisti*, cit., pp. 246 e 250.

[63] Per riprendere l'espressione del loro maggiore studioso, E. CORTESE, *Scienza di giudici e scienza di professori*, cit.

[64] E. BESTA, *Fonti*, cit., pp. 826-827; E. CORTESE, *Legisti, canonisti e feudisti*, cit., p. 249.

[65] E. BESTA, *Fonti*, cit., p. 828; E. CORTESE, *Legisti, canonisti e feudisti*, cit., p. 250.

di un altro trattato sulla fama, più sottile e utile di quello di Tommaso, e oggi perduto[66]; il pisano Giovanni Fàzioli che scrisse il primo trattato sul processo sommario, *De summaria cognitione*[67]; il modenese Guido da Suzzara, autore di questioni *De testibus* e, probabilmente, del *Tractatus de tormentis* che circolava in quegli anni[68]; Iacopo d'Arena, parmigiano, che scrisse su moltissime materie processuali, sulla tortura e sui banditi[69]; il cremasco Alberto da Gandino autore del noto *De maleficiis*[70]; o il mantovano Bonifacio Antelmi, di un altro trattato *super maleficiis*[71]; fino al canonista francese, ma attivo a Bologna e presso la curia pontificia, Guillaume Durand, celebre per l'ampio trattato di materia processuale *Speculum iudiciale*, e una delle pochissime figure di postaccursiani menzionate da Calasso[72].

Questi per citare solo alcuni dei giuristi attivi, grosso modo, tra il 1270 e il 1330. Si trattò della prima generazione di *iudices* e di dottori, impegnati nelle curie giudiziarie come negli *studia*, negli uffici pubblici come nell'attività forense, che superò l'ostilità con cui i giuristi glossatori avevano accompagnato fino alla metà del Duecento lo sviluppo delle autonomie comunali (si pensi, per tutti, al noto giudizio sferzante che Odofredo fu capace di formulare sugli statuti[73]). La crisi della sovranità imperiale contribuì a erodere le residue resistenze a riconoscere legittimità agli ordinamenti locali, e fu contemporanea – non per caso – alla crisi del sistema podestarile nei decenni centrali del Duecento. La successiva affermazione dei nuovi regimi di 'popolo' mutò le prospettive d'azione anche ai pratici e ai dottori di diritto. Infatti, gli *iudices* non si posero più al servizio di un sistema politico centrato sulla prevalenza dei lignaggi di *milites*, come era

66 F. Migliorino, *Fama e infamia. Problemi della società medievale nel pensiero giuridico nei secoli XII e XIII*, Catania 1985, pp. 70-72.

67 E. Besta, *Fonti*, cit., p. 827.

68 *Ibidem*, pp. 824-825. L'attribuzione del *De tormentis* è incerta: sulla questione, cfr. P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria*, cit., I, pp. 132-145.

69 E. Besta, *Fonti*, cit., p. 825; e D. Quaglioni, *D'Arena Iacopo*, in *Dizionario biografico degli italiani*, Roma 1989, 37, pp. 243-250.

70 Alberto da Gandino, *Tractatus de maleficiis*, cit. Sul Gandino cfr. da ultimo, D. Quaglioni, *Alberto Gandino e le origini della trattatistica penale*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 29, 1999, pp. 49-63.

71 E. Cortese, *Scienza di giudici e scienza di professori*, cit., p. 128.

72 F. Calasso, *Medio evo del diritto*, cit., pp. 547-548.

73 Nella sferzante metafora denigratoria: «opere di asini»; cfr. F. Calasso, *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951, p. 59.

stato fino alla piena età podestarile, né poterono più identificarsi socialmente del tutto con essi[74], ma si misero al servizio degli attori allora protagonisti sul piano politico. Fu la prima generazione di giuristi veramente 'organici'[75] alla società comunale italiana, che diede corpo e interpretò la trasformazione in atto negli assetti sociali e di potere, legittimandone le pratiche e contribuendo alla elaborazione di nuova ideologia della giustizia.

Significativamente, ciò avvenne indipendentemente dalla configurazione istituzionale. Rammenterò solo due casi esemplari. Da un lato, quello di Rolandino de' Passeggeri, celeberrimo notaio bolognese – un altro dei pochissimi postaccursiani presi in considerazione da Calasso –, che riordinò e sistemò tutta la pratica notarile nella *Summa artis notariae*, in una sintesi che contribuì a immettere anche il notariato nella scienza del diritto[76]. Rolandino fu impegnato attivamente nel regime di 'popolo' bolognese, ne fu anzi per lungo tempo l'ispiratore della legislazione, in particolare di quella emanata contro i Lambertazzi tra gli anni Settanta e Ottanta del Duecento e contro i magnati nel 1284, i noti *Ordinamenti sacratissimi*[77]. Dall'altro, quello di Alberico da Rosciate, bergamasco, proveniente da una famiglia di giudici e notai, avvocato e impegnato in vari uffici e legazioni nella propria città, che pur senza mai salire su una cattedra fu autore di innumerevoli scritti teorici che gli valsero la fama di *magnus practicus*[78]. Come pochi altri, egli incarnò la figura del giurista del periodo di cui sto parlando, per l'intreccio di elaborazione dottrinale e di prassi politica e

[74] O meglio, sociologicamente, come hanno fatto, con qualche forzatura schematica, alcuni studi recenti: cfr., per esempio, J.-C. MAIRE VIGUEUR, *Gli «iudices» nelle città comunali: identità culturali ed esperienze politiche*, in P. TOUBERT - A. PARAVICINI BAGLIANI (edd), *Federico II e le città italiane*, Palermo 1994, pp. 161-176.

[75] Per riprendere la nota definizione gramsciana rilanciata, in altro clima culturale e politico, da M. SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano 1969, p. 66.

[76] E, per questo, incappando nel severo giudizio di F. CALASSO, *Medio evo del diritto*, cit., pp. 545-546; cfr. anche E. CORTESE, *Legisti, canonisti e feudisti*, cit., pp. 267-268; ed E. BESTA, *Fonti*, cit., p. 828.

[77] Cfr. A. PALMIERI, *Rolandino de' Passeggeri*, Bologna 1903, pp. 80 ss.; e G. CENCETTI, *Rolandino Passeggeri dal mito alla storia*, in *Notariato medievale bolognese*, I: *Scritti di Giorgio Cencetti*, Roma 1977, pp. 199-215.

[78] E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, cit., pp. 423 ss.; D. QUAGLIONI, *Legislazione statutaria e dottrina della legislazione: le «Quaestiones statutorum» di Alberico da Rosciate*, in D. QUAGLIONI, *«Civilis sapientia». Dottrine giuridiche e dottrine politiche fra medioevo ed età moderna. Saggi per la storia del pensiero giuridico moderno*, Rimini 1989, pp. 18-20, e 42 ss.

di tribunale: fu autore, come è noto da vari studi condotti anche recentemente[79], di una raccolta di *Quaestiones de statutis* del tipo di quella prodotta dal giudice Alberto da Gandino solo qualche lustro prima. Suo impegno diretto fu anche quello di riformatore degli statuti di Bergamo del 1331, in questo caso in «senso favorevole alla signoria»[80].

Non intendo qui riproporre un'interpretazione globalizzante del nesso tra funzione politica del ceto dei giuristi e sistema di poteri comunali, ma solo mettere in rilievo, sulla scorta di una maggiore attenzione alle cronologie, la scansione temporale – ultimi decenni del Duecento, primi del Trecento – in cui esso assunse effettivamente un'intensità mai raggiunta fino ad allora. Ricorderò solo l'acuta osservazione di Sbriccoli sulla apparente «non politicità» del ruolo di esperto tecnico, e sul suo prestarsi viceversa in alto grado a un uso politico[81]. Già il Besta sottolineava come i giuristi postaccursiani andassero considerati «anche e soprattutto come formatori di un diritto nuovo, che solo formalmente era tratto entro gli schemi del diritto giustinianeo», e caratterizzato, sotto l'apparente «uguaglianza delle forme», da una «sua potenza creativa»[82]. L'originalità della nuova dottrina fu quella di muoversi tra pratica e testi, dando vita a un nuovo schema ordinante che, corroborato, là dove possibile, dall'autorità delle fonti e legittimante *per interpretationem*, convalidava con l'effettività della rispondenza agli scopi, le pratiche innovative che, per consuetudine locale, erano spesso contrarie allo *ius civile*[83].

Per usare una dizione parafrastica, si trattò di una grande operazione di 'teoria della pratica'[84]. Né fu un caso che proprio attraverso l'opera dei giuristi postaccursiani, il pensiero politico della *civitas*, la cultura politica dell'autonomia comunale, che dalle origini fino a buona parte del Due-

[79] Penso, in particolare, al lavoro di D. QUAGLIONI, *Legislazione statutaria*, cit., e ai contributi di C. STORTI STORCHI, *Prassi dottrinaria ed esperienza legislativa nell'«Opus statutorum» di Alberico da Rosciate*, in *Confluence des droits savants et des pratiques juridiques*, Milano 1979, pp. 435-489, e della stessa autrice, *Diritto e istituzioni a Bergamo. Dal comune alla signoria*, Milano 1984, pp. 363-371.

[80] M. SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto*, cit., p. 142; e D. QUAGLIONI, *Legislazione statutaria*, cit., pp. 19, 44 e 60 ss.

[81] M. SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto*, cit., pp. 78-80.

[82] E. BESTA, *Fonti*, cit., p. 824.

[83] Cfr. anche M. SBRICCOLI, «*Vidi communiter observari*», cit., pp. 235, 238.

[84] P. BOURDIEU, *Esquisse d'une théorie de la pratique, précédé des trois études d'ethnologie kabyle*, Genève 1972.

cento era venuto fondandosi sulla tradizione retorico-pedagogica – quella dei *regimina civitatis* e della letteratura cosiddetta podestarile[85] – mutò linguaggio e trovò per la prima volta nella sistemazione teoretica del giurista le basi concettuali e teoriche della propria legittimazione. La mobilitazione dei giuristi postaccursiani raggiunse il suo culmine nei decenni a cavallo tra Due e Trecento quando la giustizia – come abbiamo visto – fu ideologicamente brandita per legittimare il processo di complessa e variegata affermazione dei nuovi regimi politici a base mercantile.

Il mutamento culturale che i giuristi postaccursiani misero in moto preparò il terreno per la generazione successiva, quella che incominciò a operare nel secondo quarto del Trecento, quando il processo di selezione e ricambio del gruppo dirigente si era ormai sedimentato e quello istituzionale aveva trovato una prima stabilizzazione intorno ad alcuni regimi signorili o a repubblica che stavano cominciando a competere in quadro politico ulteriormente mutato. La nuova generazione di giuristi – grosso modo quella di Cino da Pistoia e soprattutto di Bartolo da Sassoferrato, comunemente riconosciuta come quella dei commentatori o trattatisti – si impegnò in una grandiosa opera di sistematizzazione a posteriori della transizione che era stata avviata dai giuristi postaccursiani in un grande processo di legittimazione – che ruotò intorno alla giustizia penale *ex officio* – dei nuovi poteri urbani, sia comunali sia signorili: poteri in difetto di legittimazione non solo sul piano esterno, ma anche in quello delle relazioni sociali e politichi interne.

Il frequente richiamo della dottrina al concetto di *publicum* – la *publica fama*, la *publica utilitas*, il *quod interest civitati*, la *rem publicam civitatis*, la *pax publica* – è stato però quasi univocamente interpretato dalla storiografia come «strumento essenziale del consolidamento del potere politico»[86], come «progetto di maggiore controllo del potere 'pubblico' sul sistema processuale»[87], come «modernizzazione delle funzioni di governo»[88], come

[85] Sulla quale si veda, da ultimo, E. ARTIFONI, *I podestà professionali e la fondazione retorica della politica comunale*, in «Quaderni storici», 21, 1986, pp. 687-719; dello stesso autore si vedano inoltre *Sull'eloquenza politica nel Duecento italiano*, in «Quaderni medievali», 35, 1993, p. 57-78, e *Gli uomini dell'assemblea. L'oratoria civile, i concionatori e i predicatori nella società comunale*, in *La predicazione dei frati dalla metà del '200 alla fine del '300*, Spoleto 1995, pp. 141-188.

[86] M. SBRICCOLI, *«Tormentum idest torquere mentem»*, cit., pp. 19-20.

[87] M. MECCARELLI, *Arbitrium*, cit., p. 285.

[88] M. SBRICCOLI, *Legislation, Justice and Political Power*, cit., p. 41: «modernisation of the functions of government».

«espressione del ... consolidarsi dei poteri»[89], come segno del «processo di razionalizzazione, di centralizzazione e di tecnicizzazione degli apparati pubblici e amministrativi»[90]. Lo schema interpretativo è cioè, pur sempre, quello prodromico e teleologico: sul quale torno ancora una volta a esprimere i miei dubbi. Così posto, esso non spiega perché tali sviluppi in senso modernizzante si siano prodotti proprio allora, e non prima o non dopo. Ciò che invece a me appare peculiare di quella fase storica è il senso profondo di una mutazione di poteri, di un forte ricambio dei gruppi dirigenti del comune. E il fatto che i nuovi attori sociali emergenti abbiano fatto ricorso sistematico alle risorse giuridiche e abbiano elaborato un'ideologia dell'interesse pubblico e della giustizia penale, mi sembra appartenere più al patrimonio della tradizione politica medievale – nella costante tensione dei poteri emergenti a fondare la propria legittimità nel quadro dell'ordinamento pubblico, nella pretesa dei gruppi egemonici di rappresentare l'intera comunità, la *res publica* appunto[91] – che segnalare svolgimenti che si sarebbero compiutamente prodotti solo qualche secolo dopo[92]. Ad affermarsi non era cioè una necessità disciplinatrice di segno teleologicamente statale, bensì il riconfigurarsi sul piano istituzionale delle politiche attuate da nuove famiglie e da nuovi gruppi sociali in via di affermazione. Dunque, non un processo di *state building*, o di maggiore *publicitas*, ma un uso politico delle risorse giudiziarie.

[89] E. Dezza, *Accusa e inquisizione*, cit., p. 4.

[90] *Ibidem*, p. 21.

[91] Cfr. G. Tabacco, *Egemonie sociali*, cit.

[92] Il rischio, ancora una volta, è quello – per usare ancora le parole di P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, cit., pp. 9-10 – di «trapiantare nell'esperienza giuridica medievale, senza filtri adeguati, concetti e linguaggio che ci sono propri e connaturati», e di non coglierne la tipicità, segnata da «una sostanziale discontinuità col 'classico' e col 'moderno'»: di smarrirne, in una parola, la sua storicità.

Diebstahl oder Erbrecht?

Streit um letztwillige Verfügungen in den oberrheinischen Städten des 15. und 16. Jahrhunderts

von *Katharina Simon-Muscheid*

I.

Die Testamentsforschung, die in den letzten Jahren international vorangetrieben worden ist und üblicherweise von einer quantitativen Auswertung der einschlägigen Quellenbestände ausgeht, untersucht zum einen Frömmigkeitsformen und religiöse Vorstellungen, zum andern individuelle und kollektive Vergabepraktiken, mit denen die Erblasser für ihr Seelenheil vorsorgten und die die reibungslose Übergabe von Hab und Gut an ihre Erben sicherstellen sollten[1]. Diese mentalitäts- und familiengeschichtlich ausgerichteten Fragestellungen um Seelenheil, Gütertransfer, geistliche und weltliche Beziehungsnetze sind jedoch in einen bestimmten rechtsgeschichtlichen Rahmen eingebunden, der für die Analyse mitberücksichtigt werden muß. Denn der Handlungsraum, innerhalb dessen Männer und Frauen frei über ihre Habe verfügen konnten, wurde durch das geltende Erb- und Eherecht abgesteckt, das sich nicht nur von Land zum Land

[1] J. CHIFFOLEAU, *La comptabilité de l'au-delà à la fin du Moyen Age* (Collection de l'Ecole française de Rome, 47), Roma 1980; V. PASCHE, *Pour le salut de mon âme. Les Lausannois face à la mort (XIVe siècle)*, (Cahiers lausannois d'histoire médiévale, 2) Lausanne 1989; P. BAUR, *Testament und Bürgerschaft. Alltagsleben und Sachkultur im spätmittelalterlichen Konstanz* (Konstanzer Geschichts- und Rechtsquellen, 31), Sigmaringen 1989; *Materielle Kultur und religiöse Stiftungen im Spätmittelalter* (Veröffentlichungen des Instituts für mittelalterliche Realienkunde Österreichs, 12), Wien 1990; C. BURGESS, *Late Medieval Wills and Pious Convention: Testamentary Evidence Reconsidered*, in M. HICKS (ed), *Profit, Piety, and Professions in Later Medieval England*, Gloucester 1990, S. 14-33; *Actes à cause de mort* (Recueil de la Société Jean Bodin, 60-61), Bruxelles 1993; M.T. LORCIN, *Le testament*, in D. ALEXANDRE-BIDON - C. TREFFORT (edd), *A réveiller les morts. La mort au quotidien dans l'Occident médiéval*, Lyon 1993, S. 143-156; M. HOWELL, *Fixing Movables. Gifts by Testament in Late Medieval Douai*, in «Past and Present», 150, 1996, S. 3-45; B. KLOSTERBERG, *Zur Ehre Gottes und zum Wohl der Familie. Kölner Testamente von Laien und Klerikern im späten Mittelalter*, Köln 1995; G. SIGNORI, *Vorsorgen, Erben und Erinnern. Letztwillige Verfügungen kinder- und familienloser Erblasser in einer spätmittelalterlichen Stadtgesellschaft, Basel 1450-1500* (Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Geschichte), Göttingen 2001.

sondern sogar von Stadt zu Stadt in wesentlichen Punkten unterscheiden konnte[2].

Die historische Kriminalitätsforschung ihrerseits befaßt sich mit klar definierten Normverletzungen, mit strafbaren Tatbeständen und der Sanktion delinquenten Verhaltens, wobei je nach Forschungsinteresse und spezifischer Fragestellung auch unterschiedliche methodische Ansätze zum Tragen kommen[3].

Erbschafts- und Schuldstreitigkeiten haben sich in den städtischen und ländlichen Gerichtsakten vielfach niedergeschlagen, denn trotz umsichtiger Vorsorge der Erblasser ging der Erbtransfer nicht immer reibungslos vonstatten: Unzufriedene oder übergangene Erben fochten ein Testament an oder bezichtigten ihre Miterben des Diebstahls, während Gläubiger versuchten, sich am Nachlaß ihrer verstorbenen Schuldner schadlos zu halten, was die Erben dazu brachte, ihre Ansprüche vor Gericht zu verteidigen. Zu den alltäglichsten Gegenständen, mit denen sich die Gerichte zu befassen hatten, zählten Erbschafts- und Schuldprozesse sowie verschiedenen Formen von Eigentumsdelikten. Das Erbe konnte sich besonders dann zum permanenten Zankapfel im familialen oder geschäftlichen Umkreis des Erblassers entwickeln, wenn nebeneinander verschiedene Testamente bestanden oder wenn eine zweite oder dritte Heirat sowie Stiefkinder eine neue Regelung der letztwilligen Verfügungen notwendig machten[4]. Auch

[2] Zu den grundlegenden Unterschieden die Art. *Erbrecht*, *Erbe*, *Erbschaft* in *Lexikon des Mittelalters*, Bd. 3, München - Zürich 1986, Sp. 2102-2116 mit weiterführender Literatur; G. KÖBLER, *Das Familienrecht in der spätmittelalterlichen Stadt*, in A. HAVERKAMP (ed), *Haus und Familie in der spätmittelalterlichen Stadt* (Städteforschung, A/18), Köln - Wien 1984, S. 136-160; M. BELLOMO, *Die Familie und ihre rechtliche Struktur in den italienischen Stadtkommunen des Mittelalters (12.-14. Jahrhundert)*, *ibidem*, S. 99-135.

[3] Die Bandbreite der Methoden und Fragestellungen in der historischen Kriminalitätsforschung sind dokumentiert in A. BLAUERT - G. SCHWERHOFF (edd), *Kriminalitätsgeschichte. Beiträge zur Sozial-und Kulturgeschichte der Vormoderne* (Konflikte und Kultur – Historische Perspektiven, 1), Konstanz 2000; X. ROUSSEAUX - R. LÉVY (edd), *Le pénal dans tous ses Etats. Justice, Etats et sociétés en Europe (XIIe-XXe siècles)*, Bruxelles 1999; O. ULBRICHT (ed), *Von Huren und Rabenmüttern. Weibliche Kriminalität in der Frühen Neuzeit*, Köln - Weimar - Wien 1995; J. KERMODE - G. WALKER (edd), *Women, Crime, and the Courts in Early Modern England*, London 1994; A. BLAUERT - G. SCHWERHOFF (edd), *Mit den Waffen der Justiz. Zur Kriminalitätsgeschichte des späten Mittelalters und der Frühen Neuzeit*, Frankfurt 1993; siehe auch die Beiträge in der neuen Zeitschrift «Crime, Histoire & Société».

[4] So beispielsweise in einer Fall von Freiburg im Breisgau aus dem Jahr 1441, in dem sich der Sohn der Erblasserin im Streit mit seinen Schwägern vor Gericht auf eine mündlich getroffene Abmachung berief, wonach seine Schwäger mit einer Geldsumme abgefunden, er jedoch alles liegende und fahrende Gut. erhalten sollte, während der Fürsprecher der

unklare finanzielle Verhältnisse im geschäftlichen Bereich boten Anlaß für langwierige Prozesse zwischen Erben und Gläubigern. Dies war der Fall, wenn das Heiratsgut der Ehefrau und das gemeinsame Gut der Ehegatten nicht strikt vom Geschäftsvermögen des verschuldeten Ehemanns getrennt worden waren. In solchen Fällen mußten die Beteiligten vor Gericht erst einmal nachweisen, ob es sich bei den umstrittenen Vermögensbestandteilen um Mitgift, gemeinsam erworbenes Gut oder Geschäftsvermögen handelte, denn diese Unterschiede hatten gravierende Auswirkungen auf die Erbansprüche.

Diese Probleme standen den Erblassern bei der Abfassung ihres Testaments deutlich vor Augen, wenn sie ihrem Wunsch Ausdruck verliehen, durch die Errichtung eines Testaments Streitigkeiten im familialen Umfeld verhindern zu können. «Cupiens facere testamentum meum nuncupativum et ordinationem ac bonorum meorum divisionem inter heredes et legatarios meos, ne de ipsis inter ipsos discordia oriatur», formulierte beispielsweise der Lausanner Mermetus Moreti 1366; auch der Konstanzer Konrad Ekkart traf, wie er in seinem Testament von 1411 festhielt, seine letztwilligen Verfügungen zu seinem eigenen Seelenheil und zur Versorgung seiner Kinder, «damit sie nach seinem Tod ohne Streit und Zank friedlich miteinander leben»[5]. Beide gingen von der berechtigten Annahme aus, daß sich durch ein schriftlich verfaßtes Testament mit unmißverständlich klaren Dispositionen Streitigkeiten unter ihren Erben verhindern ließen.

Gegenstand meines Beitrags sind verschiedene Austragungsformen von Erbschaftskonflikten, die bereits vor dem Tode der Erblasser einsetzten, ihre letztwilligen Verfügungen beeinflußten und nach ihrem Tod in Form von Erbschaftsprozessen vor den Gerichten der oberrheinischen Städte weitergeführt wurden. Mit der Problematik des «unfriedlichen Erbtransfers» im Spannungsfeld zwischen Erbrecht, Vergabungspraxis und dem Handlungsraum sowohl der Erblasser als auch der Erben verbinde ich Fragestellungen aus der Testamentsforschung mit derjenigen der historischen Kriminalitätsforschung. Unter dem Stichwort «ars moriendi» thematisiert

Gegenpartei vor Gericht konterte, ein solches Schriftstück sei nie ausgefertigt worden und die Erblasserin selbst habe diese Regelung zugunsten einer Dreiteilung widerrufen, Stadtarchiv Freiburg i.B., B 5(P) III c 12d bb Nr. 1-3, *Urteilbücher vor Bürgermeister und Rat, 1440-1503*, hier 1, 1441, fol. 7r-v.; die Straßburger und Basler Urkundebücher sowie die oberrheinischen Gerichtsarchive enthalten zahlreiche solche Fälle.

[5] Zu dem in den Arengen ausgeführten Motiv, «Unwillen», «Uneinigkeit» und «Unfreundschaft» unter den Erben zu verhindern V. PASCHE, *Pour le salut*, S. 30; P. BAUR, *Testament*, S. 85.

die Mentalitätsforschung den Umgang mit Krankheit und Tod, wozu auch die Vorsorge für das eigene Seelenheil und einen geregelten Erbtransfer gehören[6].

In den Bereich der historischen Kriminalitätsforschung fällt die Analyse der Zeugenaussagen in den Erbschaftsprozessen, auf denen unsere Informationen beruhen, sowie der geschilderten Praktiken, mit denen sich potentielle Erben in den Besitz von Gütern zu setzen suchten. Diese Handlungsweisen, die im weiten Bereich zwischen der klar definierten und einklagbaren rechtlichen Normverletzungen «Diebstahl» oder «Betrug» und 'interpretationsfähigen' Auslegungen des Erbrechts angesiedelt werden können, stehen im Zentrum meiner Untersuchung. Ob sie sich noch im legalen Rahmen des Erbrechts bewegten, ob sie rechtliche Normen verletzten oder ob es sich nur um böswillig ausgestreute Verleumdungen und Gerüchte handelte, die ausgestreut wurden, um Miterben in Verruf zu bringen[7], waren die Fragen, die die Gerichte der oberrheinischen Städte im 15. und frühen 16. Jahrhundert aufgrund von Zeugenaussagen zu entscheiden hatten.

Das Thema des «unfriedlichen Erbtransfers» steht im Brennpunkt widerstreitender Interessen, die von Erb- und Eherecht, familialen Erbansprüchen sowie Wünschen und tatsächlicher Verfügungsgewalt der Erblasser über ihr Hab und Gut bestimmt waren. Die Frage nach der Durchsetzung dieser Ansprüche führt uns in eine Grauzone von – wertneutral ausgedrückt – 'eigenmächtigem Vorgehen', mit dem sich Erben in bestimmten rechtlichen Übergangssituationen Teile der Erbschaft anzueignen suchten. Sie führt uns damit gleicherweise in Vorgeschichten von Erbprozessen, die sich zu Lebzeiten der Erblasser anbahnten und nach ihrem Tod von den Erben vor Gericht ausgetragen wurden. Ihre Analyse liefert Aufschlüsse über längere Auseinandersetzungen um Hab und Gut sowie frühere außergerichtliche

[6] R. Chartier, *Les arts de mourir, 1450-1600*, in «Annales E.S.C.», 31, 1976, S. 51-75; H. Braet - W. Verbeke (edd), *Death in the Middle Ages*, Leuven 1983; A. Borst et al. (edd), *Tod im Mittelalter*, Konstanz 1993; D. Alexandre-Bidon - C. Treffort (edd), *A réveiller les morts. La mort au quotidien dans l'Occident médiéval*, Lyon 1993; zur Ikonographie *Ars moriendi*, Gutenberg-Museum Mainz, Mainz 1996; M.J. Wenninger (ed), *du guoter tôt: Sterben im Mittelalter – Ideal und Realität*, Klagenfurt 1998; E.E. Du Bruck - B.I. Gusick (edd), *Death and Dying in the Middle Ages*, New York - Bern - Berlin 1999.

[7] Zur Funktion und Instrumentalisierung von Gerüchten C. Gauvard, *Rumeurs et stéréotypes à la fin du Moyen Age*, in *La circulation des nouvelles au Moyen Age*, Paris 1994, S. 157-190, sowie C. Beaune, *La rumeur dans le Journal du Bourgeois de Paris*, *ibidem*, S. 191-203; A. Farge, *La vie fragile. Violence, pouvoirs et solidarités à Paris au XVIIIe siècle*, Paris 1986.

Schlichtungsversuche, die im eigentlichen Erbschaftsprozeß zur Sprache kamen[8].

Ein Aspekt, der in diesem Kontext immer wieder aufscheint und mitberücksichtigt werden muß, ist gerade in diesem Zusammenhang die Diskrepanz von normativem Recht (das heißt dem Erb- oder Eherecht der betreffenden Stadt) und subjektivem Rechtsempfinden der involvierten Personen[9]. Für unsere Analyse sind die ausführlichen oberrheinischen Gerichtsakten von besonderem Interesse, weil sie nicht nur eindeutig delinquente Handlungsweisen beschreiben, die den sanktionierbaren Kategorien Meineid, Betrug und Diebstahl entsprachen, sondern gleichermaßen Einblicke in das subjektive Rechtsempfinden der Zeuginnen und Zeugen liefern. Dies wird besonders deutlich, wenn sie Praktiken schildern, die sie selbst offensichtlich für unrecht und moralisch verwerflich befanden, auch wenn sie sich im Rahmen des geltenden Erbrechts abspielten und nicht strafbar waren. In diesen Bereich gehören die von den Zeuginnen und Zeugen mit sichtlicher Empörung beschriebenen Manipulationen und Erpressungen, mit denen potentielle Erben Kranke und Sterbende zu ihren Gunsten zu beeinflussen suchten.

Doch bevor wir uns diesen Problemkreisen zuwenden können, ist eine kurze Darstellung der erbrechtlichen Praxis der oberrheinischen Städte und der daraus resultierenden Konfliktlinien angebracht. Der wesentliche Unterschied zum Erbrecht in Frankreich und Italien bestand darin, daß die meisten Reichsstädte die römisch-kanonische Testierfreiheit nicht anerkannten[10]. Bestimmend blieben die im Sachsenspiegel (1220-1230) niedergelegten Grundsätze, wenn auch einzelne Stadtrechte schon früh tiefgreifende Modifikationen vornahmen, indem sie beispielsweise die Töchter den Söhnen gleichstellten. In den oberrheinischen Reichsstädten Basel und Straßburg, mit denen wir uns im folgenden beschäftigen werden,

[8] Zu den Formen außergerichtlicher Konfliktlösungen B. GARNOT (ed*), L'infrajudiciaire du Moyen Age à l'époque contemporaine*, Dijon 1996; zur rechtlichen Situation und zur Problematik von Zeugenaussagen siehe Abschnitt II.

[9] Studien, die diesen Gegensatz thematisieren, sind meines Wissens im deutschspachigen Raum noch wenig verbreite

[10] Art. *Erbrecht* in *Lexikon des Mittelalters*, Bd. 3; T. KUEHN, *Law, Family, and Women. Toward* a *Legal Antropology of Renaissance Italy*, Chicago 1991; zu den Stadtrechten G. DILCHER, *«Hell, verständig, für die Gegenwart sorgend, die Zukunft bedenkend». Zur Stellung und Rolle der mittelalterlichen deutschen Stadtrechte in einer europäischen Rechtsgeschichte*, in G. DILCHER, *Bürgerrecht und Stadtverfassung im europäischen Mittelalter*, Köln - Weimar - Wien 1996, S. 243-279.

schützte der Rat vorrangig die Interessen der Erben und schränkte aus diesem Grund die Testierfreiheit mehr oder minder stark ein. Das Erbrecht legte den Witwenanteil grundsätzlich auf einen Drittel des gemeinsam erwirtschafteten Gutes fest, Witwer hingegeben hatten Anspruch auf zwei Drittel. Zudem regelte es die Erbfolge der Verwandten in der Reihenfolge: Kinder, Enkel, Eltern, Geschwister, Geschwisterkinder, Großeltern, Geschwister der Eltern[11]. Aus den erbrechtlichen Bestimmungen, die den vorrangigen Schutz der «rechten Erben» vorsahen, folgte konsequenterweise die Regel, daß nur kinder- und familienlose Ehepaare frei über ihre Hinterlassenschaft verfügen konnten. Nur in solchen Fällen hatten die Ehegatten die Möglichkeit, sich gegenseitig als Erben einzusetzen und dieses Übereinkommen auch vertraglich abzusichern. Auf diese Weise konnten Ehepartner für den überlebenden Teil vorsorgen und den rechtlich auf einen Drittel festgelegten Witwenanteil erhöhen[12].

Illegitime Kinder hatten keinen Anspruch auf ein Erbteil. Sie gingen leer aus, sofern ihnen nicht explizit ein Legat ausgesetzt worden war[13]. Vor allem in Handwerkerkreisen erhielt das Kriterium der ehelichen Geburt seit der zweiten Hälfte des 15. Jahrhunderts existentielle Bedeutung für die betroffenen Männer und Frauen. Der Nachweis einer ehelichen Geburt war nicht nur Voraussetzung für die Aufnahme in ein zünftiges Lehrverhältnis und die Ausübung eines zünftigen Handwerks, von ihm hingen auch die Heiratsaussichten und die Erbberechtigung ab. Zünftige Eltern unehelich geborener Kinder standen somit vor der Alternative, entweder diese Tatsache zu verschweigen und zu hoffen, daß niemand je darauf zu sprechen kam, oder das Stigma der Unehelichkeit mit allen wirtschaftlichen und sozialen Folgen in Kauf zu nehmen und dem Kind explizit ein Legat

[11] Besonders gut erforscht ist die Rechtsgeschichte der freien Reichsstadt Basel, siehe H.-R. HAGEMANN, *Basler Rechtsleben im Mittelalter*, 2 Bde., Basel - Frankfurt a.M. 1981 und 1987, Bd. 2: *Zivilrechtspflege*, S. 139-229; für Straßburg H. ARNOLD, *Das eheliche Güterrecht von Straßburg i.E. bis zur Einführung des «Code civil»*, Dissertation Breslau, 1904; programmatisch G. LIVET, *Une enquête à ouvrir: justice, police et délinquance dans les villes d'Alsace sous l'Ancien Régime*, in «Annales de l'Est», 6. Folge, 48, 1998, S. 361-381.

[12] G. SIGNORI, *Vorsorgen*, Einleitung.

[13] Zur Stellung des unehelichen Kindes F. AUTRAND, *Naissance illégitime et service de l'Etat: les enfants naturels dans le milieu de robe parisien XIVe-XVe siècle,* in «Revue Historique», 542, 1982, S. 289-303; L. SCHMUGGE (ed), *Illegitimität im Spätmittelalter* (Schriften des Historischen Kollegs, 29), München 1994, darin besonders H.-J. HOFFMANN-NOVOTNY, *Soziologische Marginalien zur Marginalisierung durch «illegitime Geburt»*, S. 11-20, sowie D. WILLOWEIT, *Von der natürlichen Kindschaft zur Illegitimität. Die nichtehelichen Kinder in den mittelalterlichen Rechtsordnungen, ibidem*, S. 55-66.

auszusetzen[14]. Die Frage nach einer allfälligen illegitimen Geburt erhielt eine neue Aktualität, sobald es ums Erben ging und sich die Frage aufdrängte, wer zum Kreis der Erbberechtigten zählte. Gerüchte und Reden, die in solchen Situationen laut wurden, konnten sich für die Betroffenen verhängnisvoll auswirken, wenn die Erben Zeuginnen beibringen konnten, die das Gerücht bestätigten[15]. Sogar Kranke und Sterbende wurden von ihren Verwandten dazu gedrängt, endlich einzugestehen, ob ihre Kinder ehelich geboren seien oder nicht. Denn diese Frage war für die Verwandten, deren Erbteil sich vergrößerte oder verringerte, je nachdem wie die Antwort ausfiel, von größtem Interesse.

Klagende konnten vor dem Basler Schultheißengericht, in dessen Kompetenzbereich Erbschaftsprozesse fielen, entweder den gesamten Nachlaß oder nur bestimmte Gegenstände daraus einfordern. Zudem bot das Erbrecht Klagenden die Möglichkeit, die Beklagten aufzufordern, die gesamte Hinterlassenschaft, das heißt liegendes und fahrendes Gut, offenzulegen. Dieser rechtliche Vorgang, den die Rechtstexte als «oigen und zoigen» umschrieben, wurde durch einen Eid bekräftigt[16]. Üblicherweise forderte das Gericht beide Seite dazu auf, Zeugen vorzuführen oder Urkunden vor-

[14] Zu den Folgen für die zünftige Bevölkerung K. SCHULZ, *Die Normen der Ehelichkeit in Zunft und Bürgerrecht spätmittelalterlicher Städte*, in L. SCHMUGGE (ed), *Illegitimität.*, S. 67-84; K. SIMON-MUSCHEID, *Frauenarbeit und Männerehre. Der Geschlechterdiskurs im Handwerk*, in K. SIMON-MUSCHEID (ed), *Was nützt die Schusterin dem Schmied? Frauen und Handwerk vor der Industrialisierung*, Frankfurt a.M. - New York 1998, S. 13-33.

[15] Zum Wissen der Alten J. AGRIMI - C. CRISCIANI, *Savoir médical et anthropologie religieuse. Les représentations et les fonctions de la vetula (VIIIe-XVe siècle)*, in «Annales E.S.C.», 48, 1993, S. 1281-1308; C. AMMANN-DOUBLIEZ, *Vieillir en Valais à la fin du Moyen Age d'après les actes privés et les auditions de témoins*, in G. HELLER (ed), *Le poids des ans. Une histoire de la vieillesse en Suisse Romande*, Lausanne 1994, S. 13-45; zur Problematik des Alterns allgemein M. PELLING - R.M. SMITH (edd), *Life, Death, and the Elderly. Historical Perspectives*, London - New York 1991; H. DUBOIS - M. ZINK (edd), *Les âges de la vie au Moyen Age*, Paris 1992; K. SIMON-MUSCHEID, *Frauen vor Gericht: Erfahrungen, Strategien und Wissen*, Beitrag zur 3. Tagung der Arbeitsgementischaft Frühe Neuzeit, «Erfahrung», 16.-18. September 1999, im Druck.

[16] Meineid beim gerichtlichen Offenlegen des Nachlasses wurde streng bestraft. Ein Kammacher, der sich mit einem Kind das Erbe seiner Großmutter teilen sollte, verhinderte 1543 die festgesetzte Erbteilung, indem er vor der Ankunft der Amtleute den besten Hausrat in zwei Fässern fortschaffen und in einem andern Haus verstecken ließ. Doch der offensichtliche Mangel an Hausrat fiel den Amtleuten auf, die im Auftrag des Rats ein Inventar des gesamten Nachlaß erstellen sollten. Sie wiesen ihm Diebstahl und Meineid beim «oigen und zoigen» nach, die Strafe lautete auf ewige Verbannung und Abhauen der ersten beiden Finger der rechten Hand, letzteres wurde ihm auf Bitten seiner Freunde gnadenhalber erlassen, Staatsarchiv Basel, *Ratsbücher*, O 7, *Urfehden*, VII, 1543, fol. 52v.

zulegen; das Urteil fällten die Urteilssprecher aufgrund der vorliegenden Beweise[17].

Mit dem Einbezug von Zeuginnen und Zeugen verschiebt sich das eindimensionale Bild von Klagenden und Angeklagten zugunsten komplexer Beziehungsgeflechte. Wir bekommen einen Personenkreis zu fassen, der zum näheren oder weiteren Umfeld von Klagenden und Angeklagten gehörte und zu einer der beiden Parteien in irgend einer Beziehung stand. Als Verwandte, Mitglieder einer Zunft oder Bruderschaft, als Nachbarn, als Mitbewohner desselben Hauses oder Untermieter verband sie ein unterschiedliches Maß an Loyalität. Dies galt erst recht in einem klar definierten Arbeits- und Abhängigkeitsverhältnis als Meister und Geselle oder Herr und Knecht, Patron oder Klient. Zu diesen männlichen, teils «männerbündischen» Netzwerken sind jedoch komplementär ihre weiblichen Gegenstücke einzubeziehen, die mit den männlichen interagierten oder sich mit ihnen überschnitten[18]. Die Frage nach Nachbarschaften und den weiblichen und männlichen Beziehungsnetzen steht seit einiger Zeit vermehrt im Brennpunkt der mediävistischen Forschung, vor allem in Italien und den englischsprachigen Gebieten[19]. Diese gesellschafts- oder geschlechtergeschichtliche Dimension ist nicht nur grundlegend für die Analyse einer städtischen Gesellschaft und ihres Funktionierens, sondern drängt sich geradezu auf bei der Untersuchung von Prozessen, ihren Vorgeschichten und ihren Hintergründen.

[17] Zum Vorgehen H.-R. HAGEMANN, *Basler Rechtsleben*, Bd. 2, S. 69-117.

[18] M. RUBIN, Small *Groups: Identity and Solidarity in the Late Middle Ages*, in J. KERMODE (ed), *Enterprise and Individuals in Fifteenth-Century England*, Farr Trupp Stroud 1991; G. XHAYET, *Autour des solidarités privées au Moyen Age: Partis et réseaux de pouvoir à Liège du XIIIe au XVe siècle*, in «Le Moyen Age», 100, 1994, S. 205-219; C. GIORDANO, *Von der Familie zur Klientel. Die Aktivierung personalisierter Netzwerke in mediterranen Gesellschaften*, in «Traverse», 1966, 3, S. 33-51; H.-W. GOETZ - H. RÖCKELEIN (edd), *Frauen-Beziehungsgeflechte im Mittelalter* (Das Mittelalter, 2), Weinheim 1996; K. SIMON-MUSCHEID, *Reden und Objekte im Alltag. Beziehungsnetze in der städtischen Gesellschaft des Oberrheins (14.-16. Jahrhundert)*, im Druck.

[19] Studien über das Funktionieren und die Ambivalenz der Nachbarschaft sind im deutschsprachigen Raum noch relativ selten, siehe R. JÜTTE, *Das Stadtviertel als Problem und Gegenstand der frühneuzeitlichen Stadtgeschichtsforschung*, in «Blätter für deutsche Landesgeschichte», 127, 1991, S. 235-269; D. KENT - F.W. KENT, *Neighbours and Neighbourhood in Renaissance Florence: The District of the Red Lion in the Fifteenth Century*, New York 1982; C. KLAPISCH-ZUBER, *Kins, Friends, and Neighbours. The Urban Territory of a Merchant Family*, in C. KLAPISCH-ZUBER, *Women, Family, and Ritual in Renaissance Italy*, Chicago 1985, S. 68-93; B. HANAWALT, *Growing up in Medieval London. The Experience of Childhood in History*, New York - Oxford 1993; J. BOULTON, *Neighbourhood and Society. A London Suburb in the Seventeenth Century*, Cambridge 1987.

Nachbarschaft manifestierte sich in zwei Aspekten, in solidarischer Hilfe einerseits und in striktester Sozialkontrolle andererseits. In den Aussagen fassen wir beides, ein effizientes weibliches Nachbarschaftsnetzwerk, das dafür sorgte, daß kranke Frauen von ihren Nachbarinnen besucht, betreut und getröstet wurden. Die Kehrseite desselben Netzwerks läßt sich als «Informations- und Klatschbörse» umschreiben. In dieser Funktion spielte die Nachbarschaft eine nicht zu unterschätzende Rolle als kontrollierende Instanz. Dies galt für die Überwachung leerstehender Häuser und Gütertransfer jeglicher Art, vor allem jedoch für die Männer und Frauen des Quartiers, deren guter Leumund von der Nachbarschaft abhing[20]. Der andere Aspekt der frauenspezifischen Nachbarschaftsnetzwerke, der in unserm Kontext aufscheint, ist die gründliche Kenntnis des Hausrats ihrer Nachbarinnen, die sie sich bei Besuchen und durch Beobachtungen erworben hatten. Beide Aspekte machten sich das Gericht und die Parteien in einem Erbprozeß zunutze, wenn sie die Nachbarinnen als Zeuginnen vorluden[21].

Unsere Untersuchung über Erbschaftsstreitigkeiten basiert auf den ausführlichen, kaum durch Frageraster gesteuerten Zeugenaussagen[22]. Informationen über die letzten Lebenswochen kranker Frauen liefern vor allem die Aussagen von Nachbarinnen, die sie bis zuletzt betreut hatten und die mitunter sogar in ihr Haus übergesiedelt waren, um sie zu pflegen und

[20] A. ZORZI, *Contrôl social, ordre public er répression judiciaire à Florence à l'époque communale: éléments et problèmes*, in «Annales E.S.C.», 45, 1990, S. 1169-1188; C. GAUVARD, *De grace especial. Crime, Etat et Société en France à la fin du Moyen Age*, 2 Bde., Paris 1991, zählt Nachbarschaft wie Patenschaften, Bruderschaften, Freundschaften und Parteizugehörigkeit im Unterschied zur Verwandtschaft zu den Beziehungsnetzen mit «beschränkter Solidarität», Bd. 2, S. 663-704.

[21] Zum weiblichen Bereich und folglich auch zu den als typisch weiblich geltenden Gesprächsthemen zählten Hausrat und Fragen der Ausstattung, Familien- und Erbschaftsangelegenheiten. Nachbarinnen wurden als besonders gut informierte Auskunftspersonen in Erbprozessen vorgeladen, um über Veränderungen am Hausrat, Transfer bestimmter Gegenstände, Verkäufe und sonstwie verschwundene Gegenstände auszusagen, K. SIMON-MUSCHEID, *Frauen vor Gericht*.

[22] Die Historische Kriminalitätsforschung hat sich in den letzten Jahren vermehrt mit der Problematik von Zeugenaussagen beschäftigt und zunehmend auch die Rollen von Frauen als Zeuginnen untersucht, J.-C. MAIRE-VIGUEUR, *Guidici e testimoni a confronto*, in J.C. MAIRE-VIGUEUR - A. PARAVICINI BAGLIANI (edd), *La parola all'accusato*, Palermo 1991, S. 105-123; J. KERMODE - G. WALKER (edd), *Women, Crime, and the Courts*, S. 1-25; K. SIMON-MUSCHEID, *Reden und Schweigen vor Gericht. Klientelverhältnisse und Beziehungsgeflechte im Prozeßverlauf*, in M. HÄBERLEIN (ed), *Devianz, Widerstand und Herrschaftspraxis in der Vormoderne* (Konflikte und Kultur-Historische Perspektiven, 2), Konstanz 1999, S. 35-52.

ihnen Gesellschaft zu leisten[23]. Sie waren anwesend, wenn die Kranken im Beisein ihres Beichtvaters oder eines Notars ihre letztwilligen Verfügungen trafen oder sich über ihre Verwandtschaft beklagten, die sie daran zu hindern suchte. Als Vertraute und Pflegerinnen kannten sie die familialen und nachbarschaftlichen Beziehungsnetze genau, sie waren auch die geeigneten Auskunftspersonen, um vor Gericht über den physischen und psychischen Zustand der Kranken auszusagen. Für unsere Fragestellung zentral ist die Tatsache, daß die Nachbarinnen über die verdeckten und offenen Formen von Gewalt informiert waren, denen die Kranken von Seiten der potentiellen Erben ausgesetzt waren. Als Zeuginnen in Erbprozessen deckten sie eine verborgene Seite der *ars moriendi* auf, die sich am Krankenbett in Form von Einschüchterung, Erpressung und Diebstahl manifestierte. Wir werden im folgenden insbesondere untersuchen, welche Auswirkungen dies für die letztwilligen Verfügungen von Frauen hatte, die im Grunde nur über ihre Morgengabe[24] frei disponieren konnten und auch versuchten, mit dem Teil des Vermögens, der ihnen rechtlich zustand, für ihr Seelenheil vorzusorgen und Legate an ihnen besonders nahestehende Personen auszusetzen.

Damit haben wir auch bereits die erste Konfliktlinie skizziert, nämlich diejenige zwischen den Erblassern, deren individuelle Wünsche sowohl mit dem städtischen Erbrecht als auch mit ihren Erben, deren Ansprüche

[23] Sie wurden entweder von den Kranken selbst darum gebeten oder von andern Nachbarinnen informiert.

[24] Nach Basler Recht fiel das Heiratsgut, die «Ehesteuer» (*dos*), die aus Liegenschaften oder Renten bestehen konnte, nach dem Tod der Frau unter Ausschluß des Ehemannes an ihre Verwandtschaft zurück, sofern keine Kinder vorhanden waren; über die Morgengabe (*morganaticum*) hingegen konnte die Ehefrau verfügen. Probleme ergaben sich, wenn Ehesteuer und Morgengabe statt dessen in Geld und in ablösbaren, d.h. als Fahrhabe betrachteten Renten mitgegeben wurden, denn Bargeld und Fahrhabe unterstand der freien Verfügung des Mannes und unterlag damit der Dreiteilung. Um zu verhindern, daß dadurch das Sondergut der Frau und ihren Erben entzogen wurde, ging man vom ausgehenden 14. Jahrhundert dazu über, Ehekontrakte abzuschließen, die dieses Problem regelten, H.-R. HAGEMANN, *Basler Rechtsleben*, Bd. 2, S. 167; allgemein M.A. KAPLAN (ed), *The Marriage Bargain. Women and Dowries in European History* (Women and History, 10), New York 1985; zu Funktion der Mitgift in den familialen Heiratsstrategien und zum weiblichen Erbrecht in Frankreich und den Niederlanden A. COURTEMANCHE, *La richesse des femmes. Patrimoine et gestion à Manosque au XIVe siècle*, Montréal - Paris 1993; D.L. SMAIL, *Démanteler le patrimoine. Les femmes et les biens dans la Marseille médiévale*, in «Annales H.S.S.», 2, 1997, S. 343-368, sowie B. DEROUET, *Les pratiques familiales en droit et la construction des différences (XVe-XIXe siècle)*, *ibidem*, S. 369-391; zur rechtlichen Reform vom traditionalen, auf dem Eherecht basierenden, zum partnerschaftlichen, durch Kontrakte geschlossenen Gütertransfer für Douai M.C. HOWELL, *The Marriage Exchange. Property, Social Place, and Gender in Cities of the Low Countries, 1300-1550*, London 1998; für Basel G. SIGNORI, *Vorsorgen.*

der Rat schützte, in Widerstreit geraten konnten. Doch wäre es falsch, das Erbrecht nur als Einschränkung der Testatoren und ihrer freien Verfügungsgewalt über ihr Hab und Gut zu interpretieren, denn es schob gleichermaßen den unberechtigten Ansprüchen einen Riegel vor und ermöglichte es Miterben, eindeutige Verstöße gegen das Erbrecht vor Gericht einzuklagen.

Eine weitere Konfliktlinie verlief in besonders ausgeprägter Form zwischen der geistlichen und der weltlichen Macht, die beide um die Gerichtshoheit in Erbsachen stritten. Um die Schärfe, in denen dieser Streit um Kompetenzen in Straßburg und Basel über Jahrhunderte hinweg ausgetragen wurde, sicht- und für die Interpretation unserer Fallbeispiele nutzbar zu machen, ist ein Rückgriff auf die religionspolitischen und kirchlichen Zustände nötig. Auf diesem Spielfeld standen sich die folgenden 'Gegner' gegenüber: auf der einen Seite der städtische Rat, der durch Kauf oder Pfand in den Besitz zahlreicher Rechte des häufig verschuldeten bischöflichen Stadtherrn gelangt war, auf der andern der Bischof, der an der alleinigen Kompetenz der geistlichen Gerichte festhielt, sowie die Mendikanten, die als Beichtväter das Vertrauen der Testatoren genossen[25]. Dieser Antagonismus wurde hauptsächlich vom städtischen Rat mit allen politischen und rhetorischen Mitteln ausgespielt. Ihm lag daran, alle Gerichtskompetenzen in seiner Hand zu vereinigen und den Einfluß der geistlichen Gerichte auf die letztwilligen Verfügungen zurückzudrängen. Damit suchte er nicht zuletzt zu verhindern, daß Renten und Grundbesitz der «toten Hand» anheimfielen und damit definitiv dem ökonomischen Zyklus der Laien entzogen wurden[26]. Zum selben Maßnahmenbündel zählen die wiederholten obrigkeitliche Versuche, den Einfluß der Beichtväter, insbesondere der sehr aktiven und äußerst beliebten Mendikanten an den Sterbebetten einzudämmen, die – laut obrigkeitlicher Polemik – ihre Stellung ausnützten, um Sterbende bei der Abfassung ihrer Testamente zu ungunsten der Erben zu beeinflussen[27].

[25] Zum literarischen Motiv des «erbschleicherischen Klerus», G. SIGNORI, *Vorsorgen*, Einleitung.

[26] H.-J. GILOMEN, *Renten und Grundbesitz in der Toten Hand. Realwirtschaftliche Probleme der Jenseitsökomomie*, in P. JETZLER (ed), *Himmel, Hölle, Fegefeuer. Das Jenseits im Mittelalter*, Zürich 1994, S. 135-148; allgemein zur Kritik am Klerus P.A. DYKEMA - H.A. OBERMANN (edd), *Anticlericalism in Late Medieval and Early Modern Europe*, Leiden - New York 1993.

[27] Diese Auseinandersetzung hatte bereits 1287 den Straßburger Rat dazu bewogen, sich wegen angeblich erbschleicherischer Praktiken der Mendikanten, die eine Flut von Klagen von Seiten der geprellten Erben ausgelöst hätten, an seine Verbündeten Basel und die elsässischen Städten Colmar, Schlettstadt, Rheinau und Rufach zu wenden, *Urkundenbuch der Stadt Straßburg*, ed. W. WIEGAND, Bd. 2, Straßburg 1886, Nr. 120, S. 78 f.

Besonders umstritten waren in der traditionellen Weinbauregion des Elsaß die beliebten Weinbergstiftungen, die durch Schenkung an die Franziskaner der «toten Hand» anheim fielen. Doch fruchteten weder Bitten noch Drohungen und die wiederholten Bemühungen des Straßburger Rats, die Franziskaner und Prediger dazu zu bewegen, keine Versprechungen auf dem Totenbett entgegenzunehmen, scheiterten am Widerstand der Prediger eine diesbezügliche Verzichtserklärung abzugeben. Wie die Straßburger Testamente des späten 13. und des 14. Jahrhunderts belegen, tat dieser Streit der Beliebtheit der Mendikaten keinen Abbruch, vielmehr bedachten rund 20% der Testatorinnen und Testatoren ihre Beichtväter[28].

Der Streit flaute zwischendurch ab, war jedoch keineswegs beigelegt. Diese Entwicklung läßt sich am Wandel der rechtlichen Gepflogenheiten verfolgen, der sich im beginnenden 15. Jahrhundert abzuzeichnen begann. Hatten die Straßburger Testatoren ihre letztwilligen Verfügungen noch Ende des 14. Jahrhunderts vor dem bischöflichen Offizial und nicht dem Rat abgelegt, so scheint sich im 15. Jahrhundert der städtische Rat gegenüber dem Bischof durchgesetzt zu haben. Im ausgehenden 15. Jahrhundert ließ sich auch der wortgewaltige Straßburger Münsterprediger, Geiler von Kayersberg, in seinen 21 Artikeln zu diesem aktuellen Thema vernehmen. Daß zu diesem Zeitpunkt der Rat die umstrittene Kompetenz an sich gezogen hatte, läßt sich aus Geilers Entrüstung schließen, der sich darüber aufhält, daß gemäß Stadtrecht die Einwilligung der Erben für die Gültigkeit eines Testaments notwendig sei und daß es überdies eine Höchstgrenze für Kirchenlegate festlege[29].

Auch der Basler Rat, der 1386 das Schultheißenamt vom Bischof übernommen hatte, bemühte sich, die Konkurrenz der geistlichen Gerichte, die die Beurkundung testamentarischer Vergabungen als ihre ureigene Domäne betrachteten, zurückzudrängen. Seine Hauptsorge galt 1401 vor allem den Vergabungen von Kranken auf dem Sterbebett, die er durch eine Verordnung zum Schutz der Erben in ihrem Umfang einschränk-

[28] Zu Verhältnis zwischen Mendikanten und Bevölkerung G. SIGNORI, *Vorsorgen*, Einleitung, siehe auch K. ELM (ed), *Stellung und Wirksamkeit der Bettelorden in der städtischen Gesellschaft* (Ordensstudien, 2), Berlin 1981; A. RÜTHER, *Bettelorden in Stadt und Land. Die Straßburger Mendikantenkonvente und das Elsaß im Spätmittelalter* (Berliner Historische Studien. Ordensstudien, 11), Berlin 1997.

[29] In mehreren seiner 21 Artikel kommt der Autor auf das Problem zu sprechen, J. GEILER VON KAYSERSBERGS *Sämtliche Werke*, hrsg. von G. BAUER, Bd. 1, Berlin - New York 1989, S. 155-200. Geiler hatte, bevor er Gersons *ars moriendi* ins Deutsche übertrug, über geistliche Sterbehilfe gepredigt, er verfaßte 1497 schriftliche Anleitungen für den klerikalen Beistand an Sterbebetten, ein Thema, das ihn als Seelsorger stark beschäftigte.

te[30]. Ein Jahr danach erließ er eine Ratserkanntnis, in der Geistlichen verboten wurde, gleich nach dem Tod des Erblassers Vermächtnisse, die ohne Wissen der rechten Erben festgesetzt worden waren, aus dessen Haus zu holen. Um zu verhindern, daß die Erben in die Situation gerieten, ihr eigenes Erbe vor einem geistlichen Gericht zurückverlangen zu müssen, verfügte der Rat die Rückgabe solcher Güter und bestimmte, daß fortan in solchen Fällen die Erben zuerst ihre Erbschaft antreten sollten. Bis mindestens 1516 bildete diese Bestimmung den rechtlichen Rahmen zum Schutz der rechten Erben vor den «erbschleicherischen Machenschaften», die den Mendikanten unterstellt wurden[31].

Verschärft wurde dieser Konflikt durch die Konkurrenz zwischen den Dominikanern und den Franziskanern, den «neuen Spezialisten des Todes»[32]. Vor allem in Basel und Straßburg schürten die Dominikaner die Polemik gegen die Franziskaner, die im Begräbniswesen eine beherrschende Stellung einnahmen und eng mit den Beginen zusammenarbeiteten, die auch Kranke und Sterbende betreuten und in den Ritualen um Tod und Begräbnis wichtige Funktionen wahrnahmen. Die Tatsache, daß diese gemeinsame Aufgabe Franziskaner und Beginen in den Häusern kranker und sterbender Personen zusammenführte, ließ sich im Konkurrenzkampf gegen die allzu erfolgreichen Franziskaner polemisch ausbeuten[33].

Wie schon betont, handelte es sich zum einen um einen Kompetenzstreit zwischen weltlichen und geistlichen Gerichten, der zwischen Kirche und weltlicher Obrigkeit ausgetragen wurde und zum andern um eine Auseinandersetzung zwischen den beiden mächtigen Mendikantenorden. Die Vergabungspraxis zeigt jedoch, daß dadurch das Vertrauen der Testatoren

[30] Ausschließlich gemünztes Geld solle auf dem Totenbett vergabt werden dürfen, damit die rechten Erben nicht enterbt würden und ihnen folge, was ihnen von Rechts wegen zustehe, so daß es Klöstern, Beginen noch andern, denen es nicht gehöre, nicht gegeben werde, sei es denn mit dem Einverständnis der Erben, J. SCHNELL (ed), *Rechtsquellen von Basel Stadt und Land*, Bd. 1, Basel 1856, Nr. 69, S. 68.

[31] K. SIMON-MUSCHEID, *Reden und Objekte*.

[32] P. ARIÈS, *L'homme devant la mort*, Paris 1977, S. 156.

[33] J.-C. SCHMITT, *Mort d'une hérésie. L'église et les clercs face aux béguines et aux bégharts du Rhin supérieur du XIVe et XVe siècle*, Paris - La Haye - New York 1978; B. DEGLER-SPENGLER, *Der Beginenstreit in Basel 1400-1411. Neue Forschungsergebnisse und weitere Fragen*, in M. D'ALATRI (ed), *Il movimento francescano della penitenza nella societa medioevale*, Roma 1980, S. 95-105; K. UTZ TREMP, *Zwischen Ketzerei und Krankenpflege – Die Beginen in der spätmittelalterlichen Stadt Bern*, in S. BIETENHARD et al. (edd), *Zwischen Macht und Dienst. Beiträge zur Geschichte und Gegenwart von Frauen im kirchlichen Leben der Schweiz*, Bern 1991, S. 27-52.

und der Testatorinnen in die Dominikaner und Barfüßer nicht erschüttert wurde, sie blieben trotz aller Diffamierungsversuche mit der Bevölkerung verbunden. Doch läßt sich das von der Obrigkeit in polemischer Absicht überzeichnete Bild der einflußreichen Erbschleicher am Totenbett nicht einfach als literarische Fiktion oder reine antiklerikale Propaganda abtun. Dies zeigt sich am erwähnten Maßnahmenbündel, das sie in einem bestimmten religionspolitischen Kontext zur Einschränkung von Legaten auf dem Totenbett und zum Schutz der Erben erlassen hatte, und an der Langlebigkeit dieser Maßnahmen, die diesen spezifischen Kontext weit überdauerten. Auch die Fallbeispiele, auf die wir weiter unten ausführlicher eintreten werden, belegen den Einfluß, den Kleriker an den Sterbebetten auf ihre Beichtkinder ausübten.

II.

Die *ars moriendi* umfaßte zwei heikle Bereiche, nämlich die richtige Regelung der irdischen Dinge und die richtige geistliche Vorbereitung auf den Tod[34]. Diesen Doppelaspekt der *ars moriendi*, bei dem spirituelle und materielle Interessen eng miteinander verflochten waren, und die Konflikte, die sich aus diesen widerstreitenden Anforderungen ergeben konnten, belegen die Zeugenaussagen auf nachdrückliche Weise: Sie schildern, wie die Kranken ihre irdischen Angelegenheiten regelten, alle nötigen Vorsorgemaßnahmen für ihr Seelenheil trafen und die Sterbesakramente empfingen, um sich auf einen «guten Tod» vorzubereiten, wie die *ars moriendi* lehrte[35]. Was die Testamente verschweigen und was auch in der *ars moriendi* nicht vorgesehen ist, thematisieren die Zeugenaussagen, nämlich die Hindernisse, die den Erblassern in dieser Situation von verschiedenen Seiten in den Weg gelegt wurden.

Diese komplexe Situation rief Verwandte, Freunde, Nachbarn, weltliche und geistliche Instanzen auf den Plan, die die Kranken trösteten und betreuten, die ihre Ansprüche anmeldeten und den Erbtransfer überwachten. Um die Kranken scharten sich Kollegen, Nachbarn und sonstige Personen, die entweder geliehene Gegenstände und Pfänder noch zu Lebzeiten der Kranken zurückholen oder sich eine Bestätigung darüber ausstellen lassen wollten. Versäumten sie dies, so mußten sie später ihre Besitztitel nachweisen, um sie aus der Erb- oder Konkursmasse auszulösen. Die

[34] Zur Ikonographie *Ars Moriendi*; P. JETZLER (ed), *Himmel, Hölle.*

[35] Literatur unter Anm. 6.

Gläubiger griffen zu allen verfügbaren rechtlichen Mitteln, um sich einen Teil der Erbschaft zu sichern und sich damit für die Auseinandersetzung mit den Erben eine bessere rechtliche Ausgangsposition zu verschaffen[36].

In dieser Phase versuchten Erben, Klerus und Gläubiger, die Abfassung des Testaments oder mündlich getroffener Verfügungen zu ihren Gunsten zu beeinflussen. Fiel dies nicht zu ihrer Zufriedenheit aus, so hatten die Erben die Möglichkeit, nach dem Tod des Erblassers die letztwilligen Verfügungen anzufechten, gegen die Miterben und Gläubiger zu prozessieren oder die letztwilligen Verfügungen der Kranken zu übergehen, sofern diese nur mündlich geäußert worden waren. Ein Punkt, an dem unzufriedene Erben ansetzen konnten, war das grundsätzliche Problem, ob die Kranke auf dem Sterbebett überhaupt noch in der Lage gewesen sei, *sana mente* ihre letztwilligen Verfügungen zu diktieren. Indem die Erben vor Gericht die geistige Verfassung der Kranken anzweifelten, stellten sie auch die Gültigkeit der getroffenen Dispositionen in Frage. Damit dieses zentrale Problem abgeklärt werden konnte, schilderten die vorgeladenen Zeuginnen und Zeugen nicht nur das Verhalten der Kranken und die Anweisungen, die sie getroffen hatten, sondern ebenso ihren physischen und geistigen Zustand, den sie bei ihren Besuchen feststellten[37].

Die Zeugenaussagen legen verschiedenen, oft illegalen Praktiken offen, durch die potentielle Erben ihre kranken und sterbenden Verwandten unter Druck setzten, damit sie ihre letztwilligen Verfügungen zu ihren Gunsten abfaßten oder änderten. Diese Aspekte von Erbkonflikten, die noch zu Lebzeiten der Erblasser einsetzten und sich in Form von erpreßten Zuwendungen und Diebstählen am Krankenbett niederschlugen, bleiben üblicherweise hinter der glatten Fassade eines Testaments mit seinen formelhaften Wendungen und einer von Amts wegen aufgenommenen Inventarliste verborgen. Nur wenn eine Partei vor Gericht entweder die

[36] Indem sie beispielsweise noch zu Lebzeiten des Kranken eine gerichtliche Beschlagnahmung des Nachlasses erwirkten, um den Erben zuvorzukommen.

[37] Z.B. Staatsarchiv Basel, Gerichtsarchiv (künftig StB G), *Schultheissengericht der mehrern Stadt, Kundschaften*, D 16, 1493, fol. 8v; die erste Zeugin sagt aus, sie habe gesehen, daß die Kranke um Nase und Mund ganz eingefallen gewesen sei, und daß die Krankheit, die sie später als Schlagfluß beschreibt, zum Tode führen werde; sie schildert, wie sie den Beichtvater, den Notar und ehrbare Frauen kommen läßt, damit die Kranke ihr Testament aufsetzen kann, erklärt jedoch, sie könne nicht mit Sicherheit sagen, ob die Kranke überhaupt noch dazu fähig war. Eine weitere Zeugin sagt aus, daß sie die Frage, ob das vorgelesene Testament tatsächlich ihrem Willen entspreche, klar bejaht habe; meldet aber dieselben Zweifel an; der anwesende Notar bestätigt, die Kranke habe in gutem Deutsch ihren Willen bestätigt.

Erbschaft oder den Geisteszustand des Erblassers anfocht oder andere Erben des Diebstahls bezichtigte, bestand die Chance, daß Zeuginnen und Zeugen unlautere Praktiken im Vorfeld aufdeckten. Nur durch eine systematische Auswertung der Zeugenaussagen und der Vorgeschichten der aktuellen Erbschaftsprozesse ließe sich die Frage abklären, ob es sich dabei um die Spitze des Eisbergs handelt, die wir hier zu fassen bekommen, oder ob nur in seltenen Fällen letztwillige Verfügungen manipuliert wurden. Doch dieses Problem steht nicht im Zentrum meiner Untersuchung. Vielmehr geht es darum, ein spannendes, kaum beackertes Forschungsfeld zwischen Rechtsgeschichte, Testamentsforschung und historischer Kriminalitätsforschung zu umreißen.

Die erhaltenen Zeugenaussagen erhärten die Hypothese, daß es vor allem Frauen waren, die sich ihre letzten Lebenswochen darum bemühten, ihre Wünsche im Rahmen des Erbrechts und der stark eingeschränkten Testierfreiheit durchzusetzen. Auf unterschiedliche Weise betroffen waren ledige, verheiratete und verwitwete Frauen, deren Handlungsfreiheit das Erbrecht je nach Zivilstand einschränkte[38]. Wir haben bereits festgestellt, daß das Erbrecht der oberrheinischen Reichsstädte, zu denen Basel, und Straßburg gehörten, verheirateten Frauen mit Kindern und weiteren Familienangehörigen nur wenig Spielraum für Vergabungen ließ. Zum Streitobjekt wurden denn auch besonders diejenigen Anteile an Geld und Objekten aus dem Gesamtvermögen, über die die Frauen gemäß Erbrecht verfügen konnten und die somit nicht automatisch mit der gesamten Erbmasse an die Erben fielen.

Was die Quellenbasis anbelangt, auf die sich unsere Untersuchung stützt, so handelt es sich mehrheitlich um Aussagen von Nachbarinnen, die weibliche Kranke in ihren letzten Lebenswochen betreuten oder regelmäßig besuchten[39]. In solchen Situationen pflegten kranke Frauen eine besonders vertraute Nachbarin zu bitten, für die Dauer ihrer Krankheit in ihr Haus ziehen. Auf diese Weise wurden die betreffenden Nachbarinnen zur wichtigsten Bezugsperson für die Kranke, die sie pflegten, der sie Trost zusprachen und deren Klagen sie anhörten. Sie waren es auch, die auf

[38] Zur Situation von Witwen siehe die einschlägigen Beiträge in S. CAVACIOCCHI (ed), *La donna nell'economia. Secoli XIII-XVIII*, Istituto internazionale di storia economica «F. Datini» Prato, Firenze 1990; M. PARISSE (ed), *Veuves et veuvage dans le haut Moyen Age*, Paris 1993; C.M. BARRON - A.F. SUTTON (edd), *Medieval London Widows, 1300-1500*, London 1994.

[39] Dieser Teil beruht auf der Auswertung der ausführlichen Zeugenaussagen vor dem Basler Schultheißengericht.

Wunsch der Kranken nach dem Notar oder dem Beichtvater schickten und anwesend waren, wenn die Kranke ihre letztwilligen Verfügungen diktierten[40]. Als Augen- und Ohrenzeuginnen sahen sie die Besucherinnen und Besucher und hörten die Gespräche, die im Krankenzimmer geführt wurden. Damit verfügten sie über wichtige Informationen, wenn sie nach dem Tod der Kranken in Erbschaftsprozessen vorgeladen wurden. Sie gaben nicht nur Auskunft über das, was sie als Augen- und Ohrenzeugen direkt mitverfolgt hatten, sondern schilderten auch die Gespräche, die sie mit den Kranken geführt hatten. Auf diese Weise gelangten auch Einschüchterungsversuche, verbalen Drohungen, Tätlichkeiten und Erpressungen, denen die Kranken durch ihre Ehemänner und Söhne oder von Klerikern in Abwesenheit anderer Zeugen ausgesetzt gewesen waren, zur Kenntnis des Gerichts.

Die Aussagen der Nachbarinnen sind für unsere Fragestellung von besonderem Wert. Sie legen Zeugnis ab über die widerstreitenden Interessen von Erblasser, Verwandten, Rat und Klerus, die mitunter am Krankenbett in voller Härte zusammenprallten. Gleichzeitig dokumentieren sie das Funktionieren weiblicher Nachbarschaftshilfe, die in diesem besonderen Kontext von Krankheit und Tod von einer starken Solidarität unter den Frauen geprägt war[41].

Die Machenschaften, mit denen sich potentielle Erben in dieser Situation in den Besitz bestimmter Güter zu bringen suchten, weisen bestimmte Gemeinsamkeiten auf, ob sie sich nun noch im legalen Rahmen des Erbrechts bewegten oder außerhalb. Zum ersten nützten sie grundsätzlich die Situation der physischen und psychischen Schwäche, in der sich die Kranken befanden, um sie unter Druck zu setzen. Dies gilt sowohl für die potentiellen Erben aus dem Laienstand wie auch für die Kleriker, wie die Zeugenaussagen belegen. Zum zweiten fällt auf, daß sie die Anwesenheit von Nachbarinnen oder andern Besuchern als potentielle Zeugen vor Gericht nicht sonderlich ernst zu nehmen schienen, bis sie vor Gericht mit ihren Aussagen konfrontiert waren.

Kommen wir zuerst auf die verschiedenen Funktionen von Priestern am Krankenbett zu sprechen, wie sie in den Zeugenaussagen beschrieben

40 Zum Öffentlichkeitscharakter und zur mündlichen Abfassung letztwilliger Verfügungen M.T. LORCIN, *Le testament*, in D. ALEXANDRE-BIDON, *A réveiller*, S. 147-154.

41 Ein weniger geschlossenes, weniger solidarisches Bild liefern Untersuchungen über nachbarliche Eigentumsstreitigkeiten und Schimpfhändel oder die Funktion der nachbarlichen «Informations- und Klatschnetzwerke»; K. SIMON-MUSCHEID, *Reden und Objekte*.

werden. Ihre wichtigsten Aufgaben in dieser Situation waren die Betreuung der Sterbenden, das Abnehmen der Beichte und das Spenden der Sakramente. Doch darauf kamen die Zeuginnen und Zeugen nur zu sprechen, wenn der Ablauf des Rituals gestört wurde oder wenn die Kranken nach dem Priester schickten, um ihm ihre letztwilligen Wünsche zu diktieren. Das Ritual, das Sterbenden die Gewißheit verlieh, zu einem «guten Tod» geführt zu werden, lief nicht ab wie vorgesehen, wenn sich ein Priester weigerte, einer Person, die sich wegen Schulden im Kirchenbann befand, das Sakrament zu spenden. Gegen diese mißbräuchlichen Praktiken hatte der anonyme Verfasser einer Straßburger Schrift zur Reform der geistlichen Gerichte um die Mitte des 15. Jahrhunderts Stellung bezogen. Die Denkschrift, die sich gegen das Versagen der geistlichen Gerichtsbarkeit und die Bestechlichkeit der Geistlichen richtete, setzte sich zum Ziel, das Ansehen der Geistlichkeit wiederherzustellen und das Recht «der armen Leute» auf dem Land zu schützen. Der Autor lehnte prinzipiell die Anwendung von Bann und Interdikt bei Schuldsachen ab, da es sich um weltliche, nicht um geistliche Dinge handle, besonders empörte ihn, daß der Bann nicht einmal auf dem Totenbett aufgehoben wurde[42].

Nur einer unserer Fälle spiegelt genau diese Problematik wider; wir können deshalb auch keine Aussagen über die Verbreitung solcher Praktiken machen. Da aber an diesem Beispiel die Schlüsselfunktion des Priesters, seine Macht, Sakramente zu spenden oder zu verweigern, besonders deutlich faßbar wird und geradezu als *Exemplum* für den denunzierten Mißbrauch geistlicher Waffen angeführt werden kann, soll der Basler Fall kurz vorgestellt werden: Es handelt sich um eine todkranke Frau, der von den Nachbarinnen, die sie pflegten, geraten worden war, sich die Sakramente spenden zu lassen. Sie wurden ihr jedoch vom Leutpriester verweigert, denn über die Frau war der Kirchenbann verhängt worden, weil sie die Zinsen, die sie dem Dominikanerkloster schuldete, nicht bezahlt hatte. Der Bann wurde – wie die Reformschrift klagte – auch auf dem Sterbebett nicht gelöst. Nun stand wegen der Schulden ihr Seelenheil auf dem Spiel. In dieser Situation erklärte sie sich bereit, ihr Haus zu verkaufen, um sich durch die Bezahlung ihrer Geldschulden aus dem Bann lösen zu können. Sie beauftragte in Gegenwart des Leutpriesters eine Frau mit dem Verkauf und setzte von dem Geld Legate an die Kirche Sankt Elisabeth

[42] P.-J. SCHULER, *Die «armen lüt» und das geistliche Gericht: Eine Strassburger Schrift über die Reform des geistlichen Gerichts*, in P. CLASSEN (ed), *Recht und Schrift im Mittelalter* (Vorträge und Forschungen, 23), Sigmaringen 1977, S. 221-236; siehe auch F. RAPP, *Réformes et réformation à Strasbourg. Eglise et société dans le diocèse de Strasbourg (1450-1512)*, Paris 1974.

und den Leutpriester, der ursprünglich die Sakramente verweigert hatte, aus[43].

Priester traten laut Zeugenaussagen in verschiedenen Funktionen auf, als Beichtväter, als potentielle Erben und als geistliche Autoritätspersonen, die zwischen Kranken und ihren Erben vermittelten oder auch auf die Kranken Druck ausübten. Die verschiedenen Formen der Einflußnahme konnten dabei direkt im Dienste einer interessierten Partei geschehen, wie im beschriebenen Fall von Kirchenbann wegen Schulden oder auch in den Fällen, wo sie die erbrechtlichen Ansprüche des Ehemannes durch Hinweise auf die rechtlichen Normen durchsetzten und die kranke Ehefrau durch Überredung dazu brachten, 'freiwillig' auf Teile ihres Hausrats und die Aussetzung größerer Legate an ihre weiblichen Verwandten zu verzichten[44].

Die Aussagen der vertrauten Nachbarinnen und Freundinnen lassen Konkubinatsverhältnisse, schwierige Ehen und langjährige Ehekonflikte sichtbar werden, die offensichtlich in der Nachbarschaft bekannt waren und die nur durch Auszug des Ehemannes oder der Ehefrau aus der gemeinsamen Wohnung zu entschärfen waren. Dabei kommt immer wieder die aktive Rolle der Nachbarinnen (seltener auch der Kleriker) bei außergerichtlichen Schlichtungsversuchen zwischen den zerstrittenen Ehegatten zur Sprache. Sie bestand einerseits in gutem Zureden oder dem Rat an die Ehefrau, im Streit um bestimmte Gegenstände doch lieber nachzugeben, anderseits aber auch in tatkräftiger Unterstützung beim Auszug aus der gemeinsamen Wohnung, wenn die Situation unhaltbar geworden war[45]. Allgemein läßt sich feststellen, daß die alten Streitigkeiten in den letzten Krankheitswochen wieder aufflammten und mit großer Verbitterung geführt wurden, wenn sich angesichts einer schweren Krankheit die Frage nach der Verfügungsgewalt über die Hinterlassenschaft und nach der Neuordnung der Besitzverhältnissen abzuzeichnen begann. Angeheizt wurden sie durch divergierende

[43] StB G, *Schultheissengericht der mehrern Stadt*, *Kundschaften*, D 11, 1475, fol. 5r.

[44] So z.B. Schlichtungsversuche eines Priesters zugunsten des Ehemanns, der unter Berufung auf sein Erbrecht sogar das Bett wegträgt, auf dem die Kranke liegt, StB G, *Schultheissengericht der mehrern Stadt*, *Kundschaften*, D 3, 1441, fol. 38v-39v.

[45] Diebstahl einer Lade mit Geld und Wertgegenständen durch denselben Ehemann bei einem weiteren Besuch und Drohung eines Zeugen, ihn vor Gericht zu denunzieren, falls er die gestohlenen Gegenstände nicht umgehend zurück bringe, StB G, *Schultheissengericht der mehrern Stadt*, *Kundschaften*, D 3, 1441, fol. 38v-39v. Siehe auch N. GONTHIER, *Faire la paix: un devoir ou un délit? Quelques réfléxions sur les actions de pacification à la fin du Moyen Age*, in B. GARNOT (ed), *L'Infrajudiciaire*, S. 37-54.

Vorstellungen über letztwillige Verfügungen und insbesondere über Legate, durch die sich Ehemänner um 'ihnen zustehendes' Geld und Gut geprellt fühlten und die sie deshalb mit allen Mitteln zu verhindern suchten[46].

Ein solcher Fall, in dem sich die Aspekte «Gewalt gegen Frauen», «Nachbarschaftshilfe» und «Erpressung von Legaten» auf dramatische Weise miteinander verbanden, soll hier als Beispiel vorgestellt werden: Die Zeugenaussagen waren Teil des Erbschaftsprozesses, den die Schwester der Erblasserin mit ihrem Ehemann gegen den Ehemann der Verstorbenen führte. Erstens steht er als Beispiel für eine besondere Spielart von Manipulation, nämlich einer finanziellen Zuwendung, die der Ehemann seiner Frau noch vor ihrer Krankheit durch Gewalt abgepreßt hatte[47]. Zweitens sollen die wiedergegebenen Gesprächsfragmente, die die Zeuginnen vor Gericht in ihre Aussagen einfließen ließen, den herrschenden Ton zwischen den Ehegatten illustrieren. Drittens griff der Ehemann auf das bewährte Mittel zurück, Hab und Gut der Ehefrau unter Verschluß zu halten und ihr die Herausgabe zu verweigern[48].

Die Nachbarinnen, die die kranke Ita Pfünderin 1451 betreut und den Leutpriester von Sankt Ulrich beigezogen hatten, der ihr die Beichte

[46] Analyse eines wohl dokumentierten, spektakulären Erbschaftsprozesses aus den Kreisen der Basler Oberschicht auf Fiktionalität und literarische Topoi hin durch G. SIGNORI, *Ein «ungleiches Paar»: Reflexionen zu den schwankhaften Zügen der spätmittelalterlichen «Gerichtsrealität»*, in A. BLAUERT - G. SCHWERHOFF (edd), *Kriminalitätsgeschichte*, S. 289-314.

[47] Zu den Formen von Gewalt W. PREVENIER, *Violence against Women in a Medieval Metropolis: Paris around 1400*, in B.S. BACHRACH - D. NICOLAS (edd), *Law, Custom, and the Social Fabric in Medieval Europe. Essays in Honor of Brice Lyon*, Kalamazoo MI 1990, S. 263-284; zwischen Eheleuten C. GAUVARD, *«De grace»*, Bd. 2, S. 573-612; zur Diskussion von Gewalt, «L'Homme», 7/2, 1996.

[48] Zu Erzählstruktur und (Selbst-)Stilisierung in Aussagen N. ZAMON DAVIS, *Fiction in the Archives. Pardon Tales and their Tellers in Sixtennth-Century France*, Stanford CA 1987; W. LANCE BENNETT - M.S. FELDMANN, *Reconstructing Reality in the Courtroom*, London 1981; J. SCHÖNERT (ed), *Erzählte Kriminalität. Zur Typologie und Funktion von narrativen Darstellungen in Strafrechtspflege, Publizistik und Literatur zwischen 1770-1920*, Tübingen 1991, darin bes. L. HOFMANN, *Vom Ereignis zum Fall. Sprachliche Muster zur Darstellung und Überprüfung von Sachverhalten vor Gericht*, S. 87-113; L. ROPER, *Gendered Exchanges: Women and Communication in Sixtennth-Century Germany*, in *Kommunikation und Alltag in Spätmittelalter und Früher Neuzeit* (Veröffentlichungen des Instituts für Realienkunde des Mittelalters und der Frühen Neuzeit, 15), Wien 1992, S. 199-218; K. SIMON-MUSCHEID, *Reden und Schweigen*; S. 35-52; K. SIMON-MUSCHEID, *Täter, Opfer und Komplizinnen – Geschlechtsspezifische Strategien und Loyalitäten im Basler Mortthandel von 1502*, in A. BLAUERT - G. SCHWERHOFF (edd), *Kriminalitätsgeschichte*, S. 649-668; G. SIGNORI, *Ein ungleiches Paar, ibidem*, S. 289-314.

abnehmen und sie mit den Sakramenten versehen sollte, stellten die übliche Frage nach ihren letztwilligen Verfügungen. Sie erfuhren, daß ursprünglich hundert Gulden, die ihr gehörten und die sie in die Ehe eingebracht hatte, für ihr Seelenheil und für Legate bestimmt gewesen waren. Die Nachbarinnen sagten aus, daß die Kranke dem Priester in ihrer Anwesenheit schilderte, wie ihr Ehemann sie in die Küche gesperrt und durch Drohungen und Schläge dazu gebracht hatte, statt dessen ihre hundert Gulden ihm zu vermachen, und wie sie aus Angst, von ihm erschlagen zu werden, auf ihr Geld verzichtet hatte[49]. Laut Aussage der Nachbarinnen bat die Kranke ihren Mann mehrfach um «die letzte Taufe», «ein gutes Flaumfederkissen» und «eine dünne Decke» aus ihrem Besitz, was dieser abgeschlagen habe. Nach Scheltworten über seine Hure, zu der er ihr (das heißt Itas) Hab und Gut gebracht habe, sei sie in Klagen über den Mangel, den sie nun trotz all ihrer Besitztümer leiden müsse, ausgebrochen. Beim Abschied habe sie ihm auf seine Wort «Gott segne dich», entgegnet: «Der Teufel in der Hölle und alle Teufel, die in der Hölle sind, seien deine Gefährten». Von einer andern Nachbarin wurden folgende Worte, mit denen sie die Erpressung ihres Ehemannes charakterisierte, vor Gericht widergegeben: «Und lägen das heilige Öl und die Sakramente in einem Topf Wasser, so wollte er sie ihr nicht bringen, es sei denn, sie vermache ihm vorher die 100 Gulden». Die dritte Nachbarin, die Ohrenzeugin der Mißhandlung geworden war, beschrieb die Spuren der Schläge, die die Seile verursacht und die kaum eine Handbreite heiler Haut übriggelassen hätten, was eine vierte Nachbarin bestätigte. Rund zwölf weitere Frauen wurden beigezogen, um über Itas Besitz und den Hausrat, der im Hause ihres Ehemannes verblieben war, auszusagen[50].

Die physische, psychische und mitunter auch finanzielle Notlage der erkrankten Ehefrauen veränderte das Kräfteverhältnis zwischen den zerstrittenen Ehegatten noch mehr zugunsten der Ehemänner. Diese sahen

[49] StB G, *Schultheissengericht der mehrern Stadt, Kundschaften*, D 4, 1451/2, fol. 136r-140r und 161v-166v. Im Beisein des Leutpriesters und ehrbarer Frauen hatte sie ihre durchkreuzten letztwilligen Verfügungen wiederholt: u.a. je 10 Gulden an den Bau des Münsters «unserer Frau auf Burg», an das Spital und an die Leprösen an der Birs, 8 Gulden ihrer Schwester im Kloster, 20 Gulden ihrem Neffen und seinen Kindern, je 4 Gulden dem Haus Sankt Ulrich undd dem Leutpriester daselbst, der Nachbarin Verena Kalkofen vermachte sie einen schwarzen Rock mit den Worten «Du hast immer getan, was mir lieb war und ich bitte Dich, mich in dieser Krankheit nicht zu verlassen. Ich will dir für das, was du für mich getan hast, einen schwarzen Rock geben»; Ita hatte sich von ihrem Mann getrennt und als Pfründerin im Kloster gelebt.

[50] «Und wenn ich mein liebes Leben behalten wollte, so mußte ich ihm die 100 Gulden geben», referierte einen Nachbarin die Worte der verstorbenen Ita vor Gericht.

sich nun in der Lage, die finanzielle Unterstützung, um die sie gebeten worden waren, von der Änderung ihrer letztwilligen Verfügungen abhängig zu machen oder schlichtweg zu verweigern. So ließ ein Ehemann in dieser Situation seiner Ehefrau ausrichten, er wolle sie «liegen und verderben lassen», wenn sie nicht das Legat, das sie ihrer Schwester ausgesetzt habe, widerrufe; ein anderer wies die Bitte um Unterstützung mit dem Hinweis ab, sie könne ja ihre Kleider verkaufen, wenn sie Mangel leide[51].

Kranke mußten damit rechnen, bei Besuchen bestohlen zu werden oder hilflos mitansehen zu müssen, wie die Erben Krankenzimmer und Haus durchsuchten und von bestimmten Gegenständen behaupteten, sie seien ihr Eigentum. Um Geld und Wertsachen, die sie für ihr eigenes Seelenheil und für Legate einzusetzen gedachten, dem Zugriff ihrer Verwandten zu entziehen, pflegten kranke Frauen solche Objekte in verborgenen Laden oder unter ihrem Kopfkissen zu verstecken. Gerade letzteres erwies sich jedoch als wenig effizient, denn das Kopfkissen war ein allzu bekanntes Versteck, unter das jeder, der Wertgegenstände suchte, zuerst griff[52].

Um einen finanziellen Spielraum zu behalten und selbst im Besitz ihres Geldes zu bleiben, pflegten besser situierte Frauen, wie Nachbarinnen und Freundinnen aussagten, einen Teil ihres Geldes und ihrer Wertsachen außerhalb ihres Hauses aufzubewahren, wo sie dem Zugriff ihrer Ehemänner entzogen waren[53]. Wie wiederum aus Zeugenaussagen hervorgeht, wußten die Ehemänner zwar, daß ihre Frau eine größere Geldsumme besessen hatte, nicht aber den genauen Betrag und den Ort, wo das Geld aufbewahrt wurde. Dieses Geld, an das sie nach dem Tod der Frauen überhaupt nur mit Hilfe von Zeugenaussagen herankamen, scheint ein ständiges Ärgernis bedeutet zu haben, unabhängig davon, ob es sich eindeutig um Besitz der Ehefrau handelte oder nicht. Laut Zeugenaussagen war das Geld ohne Wissen der Ehemänner für eigene wirtschaftliche Akti-

[51] StB G, *Schultheissengericht der mehrern Stadt*, *Kundschaften*, D 23, 1519, fol. 52v-54v. Auch die von den Nachbarinnen überlieferten Antworten und Kommentare der Ehefrauen fielen keineswegs zimperlich aus. Die eine fragte den Ehemann bei einem seiner Besuche rhetorisch, ob ihn der Teufel hergetragen habe und kommentierte bitter, er kämen ja nur, um sich ein Teil des Hausrats zu sichern.

[52] In Kombination mit einem Begrüßungskuß war ein unbemerkter Griff unters Kopfkissen leicht möglich.

[53] Die Höhe der Beträge ließ sich ermitteln, wenn Nachbarinnen, Nachbarn und Mägde über Geldsummen, die sich kurz vor dem Tode der Erblasserinnen im Haus befanden, über laufende und getätigte Geschäfte sowie ausstehende Schulden und investierte Summen einvernommen wurden.

vitäten, Geschenke an Freundinnen und Familienmitglieder, Vergabungen oder für einen finanziell gesicherten Lebensabend der Witwe vorgesehen gewesen[54].

III.

Bei einem Erbgang handelte es sich grundsätzlich um eine Neuverteilung des Besitzes, bei der Ansprüche angemeldet und mit unterschiedlichen Mitteln auch durchgesetzt wurden. Um dies vor Gericht erfolgreich tun zu können, waren nicht nur Kenntnisse des Stadtrechts oder der Beizug juristisch geschulter Personen als Fürsprecher erforderlich. Als unbedingt notwendig erwiesen sich ebenso genaue Kenntnisse des eigenen Verwandtschaftsgrades mit dem Erblasser sowie der eigenen Verwandtschaftsbeziehungen über Generationen hinweg, damit umstrittene Erbfolgen – wenn nötig mit Hilfe von Zeugen – vor Gericht bewiesen oder bestritten werden konnten. Als weitere Voraussetzung waren gründliche Kenntnisse der finanziellen Situation, das heißt von liegendem und fahrendem Gut, von Geschäftsvermögen, und von Schulden von Vorteil. Dies galt insbesondere für Witwen, die nach dem Tod ihres Ehemannes mit juristischen und ökonomischen Problemen konfrontiert waren, wenn es galt, ausstehende Schulden einzutreiben oder ihr Heiratsgut aus dem Geschäftsvermögen und dem gemeinsam erwirtschafteten Gut auszugliedern.

Nach Recht und Gewohnheit der Stadt Basel unterstanden Fahrhabe und Bargeld grundsätzlich dem Dritteilsrecht, das im Eherecht angelegt war, ausgenommen von dieser Regelung waren die Kleider. Eine Sonderstellung in erbrechtlicher Hinsicht nahm der Hausrat ein, was den Rat mehrmals zu besonderen Satzungen veranlaßte. So bestimmte er, daß Hausrat und Silbergeschirr, die beim Tode des Ehegatten noch in derselben Form vorhanden waren, in der sie in die Ehe eingebracht worden waren, an die Seite zurückfallen sollten, von der sie stammten. Waren sie jedoch in dieser Zeit verändert worden, so sollten sie wie fahrendes Gut und Bargeld der Dreiteilung unterliegen.

Mit all diesen Problemen gleichzeitig konfrontiert sah sich um die Mitte des 15. Jahrhunderts die verwitwete Agnes von Laufen, die ihr und ihrer beiden Töchter Erbteil gegen die Gläubiger ihres verstorbenen Ehemannes

[54] StB G, *Schultheissengericht der mehrern Stadt, Kundschaften*, D 2, fol. 73v, 1427, es handelt sich in diesem Fall um ein vertrauliches Gespräch zwischen der Herrin und ihrer Magd über die Gestaltung ihrer Zukunft.

verteidigte. Diese hatten zur Deckung der Schulden ohne Rücksicht auf die Ansprüche der Witwe und ihrer Kinder die gesamte Hinterlassenschaft ihres Mannes gefordert. Agnes mußte zunächst einmal nachweisen, das sie weder die Stellung einer Kauffrau[55] eingenommen, noch an den Geschäften ihres Ehegatten beteiligt gewesen war, noch sein Erbe angetreten hatte. Das nächste Problem betraf ihr Heiratsgut, nämlich wertvolles Silbergeschirr, das sie von ihrem Vater geerbt und in dieser Form in die Ehe eingebracht hatte. Nach Basler Recht hatte sie ihren Anspruch darauf verloren, denn es war während der Ehe «verändert» worden. Ihr verstorbener Ehemann hatte das Silbergeschirr zusammen mit andern silbernen Gegenständen zerbrechen lassen und ihr versprochen, es zu neuen Silberbechern umschmelzen zu lassen. Damit war ihr Heiratsgut nicht nur zu zwei Dritteln ihrer Verfügungsgewalt entzogen, sondern drohte, ganz in der Konkursmasse zu verschwinden. Außerdem hatte sich Agnes von Laufen auch noch gegen die Anschuldigungen ihrer Stieftochter zu verteidigen, die sie verklagt hatte, sie beim Erbe zugunsten des Sohnes aus zweiter Ehe hintergangen und unrechtmäßig den besten Hausrat aus dem Hof ihres verstorbenen Mannes ins Domizil des zweiten transferiert zu haben. Beide Seiten führten eine lange Reihe von Zeuginnen und Zeugen an, die über umstrittene Fragen von Geschäftsbeteiligung, Besitzverhältnissen, Schlüsselgewalt und den Umgang mit der unverteilten Hinterlassenschaft des Verstorbenen aussagen sollten[56].

An einer solchen Lage wird einmal mehr die fragile Position einer Witwe (oder eines Witwers) sichtbar, die während einer Übergangsphase weiterhin im Hause ihres verstorbenen Ehepartners lebten oder sein Hab und Gut nutzten wie vordem und zwar ohne rechtliche Absicherung. Das Hauptproblem war die Frage nach der Schlüsselgewalt und damit nach dem freien Zugang zu allen versperrten Kästen, Schränken und Laden. Solche Situationen pflegten das Mißtrauen der Nachbarschaft und der Miterben zu erregen, die schleichende Inbesitznahme, Verfälschung der ursprünglichen Besitzverhältnisse und im schlimmsten Fall Diebstahl an ihrem Erbteil befürchteten. Sie gingen von der Grundannahme aus, daß Witwer und Witwen die Lage bis zur definitiven Neuregelung zu ihren Gunsten ausnutzten. Vor Gericht pflegten sie ihren Verdacht mit den Worten auszudrücken, er oder sie habe sich im Haus der Verstorbenen «wie zu Lebzeiten des

[55] Eine Kauffrau haftete für die Schulden ihres Mannes.

[56] D. Rippmann - K. Simon-Muscheid - C. Simon, *Arbeit – Liebe – Streit. Texte zur Geschichte des Geschlechterverhältnisses und des Alltags (15.-18 Jahrhundert)*, Liestal 1996, S. 53-66.

Ehepartners» verhalten, oder sei mit der Hinterlassenschaft «wie mit dem Seinen» umgesprungen[57].

In beiden Fällen wurde damit angedeutet, daß das früher gemeinsam genutzte Gut in seiner neuen rechtlichen Qualität als potentielles Erbe (und damit potentieller Besitz anderer Personen) nicht respektiert werde. Während Erben sich vor Gericht über die Mißachtung ihrer legitimen Ansprüche beklagten und suggerierten, daß Hausrat unrechtmäßig weggeschafft und bestimmte Wertgegenstände, die ihnen von Rechts wegen zuständen oder vom Erblasser versprochen worden seien, vorenthalten würden, konnten Miterben gleichzeitig durch Gerüchte und Diebstahlsverdächtigungen in Mißkredit gebracht werden. Die Nachbarinnen und Nachbarn, die das Geschehen beobachteten und kommentierten, ließen in ihren Aussagen vor Gericht Diebstahlsverdächtigungen anklingen oder bestätigten die lautere Absicht der Beschuldigten, indem sie ihren einwandfreien Leumund in den Vordergrund stellen.

IV.

Als Fazit bleiben folgende Punkte festzuhalten:

Die Zeitspanne, die ich für diese Untersuchung über Diebstahl oder Erbrecht gewählt habe, setzt in den letzten Lebenswochen der Erblasser ein und dauert bis zum offiziellen Erbgang oder der Inventarisierung durch die Amtleute. Es handelt sich um eine Zeitspanne, in der die unterschiedlichsten Interessen aufeinanderstießen:

– Zum ersten die letztwilligen Verfügungen der Kranken, mit denen sie die Vorsorge für ihr Seelenheil regelten, Legate an ihnen nahestehende Personen und Institutionen aussetzten und den Erbtransfer regelten, soweit dieser nicht schon durch das städtische Erb- und Eherecht vorgegeben war.

[57] So stellte sich beispielsweise nach dem Tod einer Frau 1519 überraschend heraus, daß kein Bargeld mehr in ihrem Haus vorhanden war, obwohl sie kurz vor ihrem Tod mit verschiedenen Nachbarinnen über Geschäfte, die sie mit ihrem Geld tätigen wolle, gesprochen hatte. Die Tochter einer Erblasserin bezichtigte vor Gericht ihren Stiefbruder, Geld weggenommen zu haben. Eine Nachbarin bestätigte dies und erklärte, nach ihrem Tod sei der Sohn ins Haus der Verstorbenen zurückgekehrt und sei mit ihrem Hab und Gut umgegangen wie mit seinem eigenen. Außer dem Geld habe sie ihn auch zahlreiche Hemden, einen silbernen Bisamapfel und ein Paternoster (Gebetsschnur) wegtragen sehen, StB G, *Schultheissengericht der mehrern Stadt, Kundschaften*, D 23, 1519, fol. 52v-54v.

– Zum zweiten das Erb- und Eherecht der Reichsstädte wie Basel und Straßburg, das die römisch-rechtliche Testierfreiheit nicht anerkannte, sondern in erster Priorität die Ansprüche der Erben schützte und damit den Handlungsraum der Erblasser stark einschränkte.

– Zum dritten schließlich die Erben, die – gestützt auf das Erbrecht – diesen ohnehin schon engen Freiraum der Erblasser hintertrieben oder sich durch verschiedene Praktiken in den Besitz bestimmter Güter zu bringen suchten.

Grundsätzlich zeichnen sich bestimmte Situationen ab, in denen die Besitzverhältnisse neu definiert werden mußten und die sich am ehesten für 'eigenmächtiges' Vorgehen zu den eigenen Gunsten verändern ließen. Es handelt sich um Übergangsphasen, bevor die neuen Besitzverhältnisse klar definiert waren und in denen die 'alten Besitzer' und ihre Rechtstitel besonders angreifbar waren. Während dieser Zeitspanne, in denen die rechtlichen Normen noch nicht zur Anwendung gelangt waren, versuchten Erben wie Gläubiger, ihre Vorstellungen von Recht und Eigentum durchzusetzen und das Recht eigenmächtig auszulegen. Dies konnte in solchen Situationen bedeuten, Recht zu umgehen oder auch bloß, Recht vorweg zu nehmen. Erben nutzten die Situation, um sich eine bessere Ausgangslage zu verschaffen, bevor der Erbgang eröffnet war. Denn sobald die testamentarischen Bestimmungen in Kraft traten oder im Namen des Gerichts der Besitzstand auf einer Inventarliste festgehalten worden war, entschieden die Gerichte darüber, was Erbrecht und was Diebstahl war. Es handelt sich, das sei hier nochmals betont, nicht um eine 'rechtlose Zeit', sondern um eine Übergangsphase, in der Besitz neu ausgehandelt wurde und in der unterschiedliche Vorstellungen von Recht und verschiedene Erbansprüche miteinander konkurrierten.

Diese Zeitspanne zwischen Krankheit und Tod, bevor allfällige letztwillige Verfügungen schriftlich oder mündlich festgelegt worden waren oder bevor Amtleute im Auftrag der Obrigkeit den vorhandenen Nachlaß inventarisiert hatten, bot sich für die eigenmächtige Regelung von Erbschaftsproblemen besonders an. Gelang es den Erben nicht, durch Schmeichelreden, sanften Druck oder auch durch Gewalt die letztwilligen Verfügungen zu ihren Gunsten zu beeinflussen, so blieb ihnen die riskantere Möglichkeit, Geld, Wertgegenstände und Hausrat aus dem Haus der Kranken zu entwenden. Dies war besonders einfach, wenn die Kranken Geld, Wertgegenstände und wichtige Dokumente nur unzureichend unter ihren Kopfkissen verborgen hatten, um sie dem Zugriff ihrer Verwandten zu entziehen. Eine weniger leicht als Diebstahl denunzierbare Art und Weise, sich Hab und Gut der

Verstorbenen anzueignen, bestand darin, es schleichend in den eigenen Besitz übergehen zu lassen und damit umzugehen «wie mit dem eigenen Gut». Diese Art des schleichenden Transfers wurde von den Nachbarinnen vor Gericht mit diesen Worten umschrieben, die den unrechtmäßigen Umgang mit Gut, das ihnen nicht zustand, suggerierte. Es oblag dem Gericht, festzustellen, ob dies tatsächlich in betrügerischer Absicht geschehen war, wie die Miterben zu beweisen versuchten.

Waren die Besitzverhältnisse wieder geordnet und eine neue Stabilität hergestellt, blieb Erben, die sich übergangen oder bestohlen fühlten, der Gang vor Gericht mit Aussicht auf einen langwierigen Erbprozeß. Die vorgeladenen Zeuginnen, die die letzten Lebenswochen der Kranken schilderten, brachten dabei nicht nur Fragen der geistigen Verfassung und der letztwilligen Verfügungen zur Sprache, sondern deckten eine ganze Reihe übler Praktiken auf. Diese wiesen eine Bandbreite auf, deren Mittelbereich in einer Grauzone zwischen Erbrecht und Diebstahl lagen, das heißt zwischen rechtskonformem, von den aussagenden Nachbarinnen jedoch für verwerflich gehaltenem Vorgehen bis zu eindeutig kriminellen Handlungsweisen von Einschüchterung und Gewalt bis zum offenen Diebstahl.

Frauen, die ihre Nachbarinnen während ihrer letzten Krankheit betreut hatten, waren die besten Auskunftspersonen, wenn es darum ging, Auskünfte über die kritische Zeit der letzten Lebenswochen einzuholen. In dieser Situation, angesichts von Krankheit und Tod, wurde Nachbarschaft in Form eines weiblichen Netzwerkes faßbar, das sich zu Lebzeiten der Kranken in praktischer und moralischer Unterstützung manifestierte und nach ihrem Tod in den Erbschaftsprozessen zentrale Informationen aus ihrer Insiderperspektive beisteuerte.

Bei der Auswertung dieser Zeugenaussagen wird eine Rollenverteilung evident, die einerseits durch das Selbstverständnis der Zeuginnen in diesen spezifischen *ars-moriendi*-Situationen und andererseits durch die erbrechtlichen Bestimmungen geprägt sind. Die eindeutige Rollenzuweisung als männliche Täter und weibliche Opfer läßt sich mit der Doppelfunktion der Nachbarinnen als Bertreuerinnen und Vertrauten kranker Frauen während ihrer letzten Lebenswochen und nach ihrem Tod als engagierte Zeuginnen in Erbprozessen erklären. Einen strukturellen Faktor bildete das geltende Erbrecht, das den Frauen nur eine stark eingeschränkte Verfügungsgewalt über ihr Hab und Gut zubilligte, wobei sich besonders Legate als Zankapfel im Streit um das Erbe erweisen konnte. Im Allgemeinen zeichneten die Zeuginnen ein recht negatives Bild der Männer. Ehemänner und Söhne, auch ausdrücklich enterbte und solche, die ihr Erbteil bereits durchgebracht

hatten, kommen in den Aussagen der Frauen schlecht weg. Sie werden als Übeltäter geschildert, die ihre kranken Ehefrauen wegen ihres Erbes und mißliebigen Vergabungen bedrängen, mit Hilfe von Geistlichen unter Druck setzen und bestehlen. In ihren Aussagen schildern sie dramatische Auseinandersetzungen, die auf dem Gegensatz zwischen männlicher Brutalität und Habgier und weiblicher Hilflosigkeit aufbauen und die nach einem klaren Täter-Opfer-Schema konstruiert werden. In den Aussagen der Nachbarinnen wird auch die Diskrepanz zwischen Erbrecht und Rechtsempfinden der beteiligten Frauen immer wieder faßbar.

II

Giustizia penale e sistemi infragiudiziari negli stati territoriali / Außergerichtliche Konfliktregelung in den Territorialstaaten

Konfliktregelung als Leitprinzip frühneuzeitlicher Strafjustiz

Die Peinliche Gerichtsbarkeit im Hochstift Osnabrück im 18. Jahrhundert

von *Harriet Rudolph*

Die deutsche historische Kriminalitätsforschung wurde lange durch die Auseinandersetzung mit theoretischen Modellen geprägt, die sich im weitesten Sinne dem Paradigma der Disziplinierung zuordnen lassen. Dazu zählen die Disziplinierungskonzepte Max Webers und Michel Foucaults, Gerhard Oestreichs Modellprozeß der Sozialdisziplinierung oder der Zivilisationsprozeß Norbert Elias'[1]. So unterschiedlich die einzelnen Konzepte im Detail auch sein mögen, gemeinsam ist mehr oder weniger allen die schematische Zweiteilung der Gesellschaft in eine schmale gesellschaftliche Elite, die sich strategischer Mittel – wie zum Beispiel der Strafjustiz – bedient, um eigene Machtpositionen zu sichern oder auszubauen, und eine breite Unterschicht, die als Objekt obrigkeitlicher Disziplinierung weitgehend passiv bleibt. Der im Rahmen der Protestforschung vielfach herausgestellte Widerstand gegen obrigkeitliches Regelungsbemühen zeigt zwar die Untertanen als historische Akteure, jedoch bleibt auch er letztlich zumeist dem Disziplinierungsmodell verhaftet, da er von einem diametralen

[1] Vgl. dazu M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß einer verstehenden Soziologie*, Tübingen 1980[5]; N. ELIAS, *Über den Prozeß der Zivilisation. Soziogenetische und psychogenetische Untersuchungen*, 2 Bde., Frankfurt a.M. 1994[18]; G. OESTREICH, *Strukturprobleme des europäischen Absolutismus*, in G. OESTREICH, *Geist und Gestalt des frühmodernen Staates*, Berlin 1969, S. 179-197; M. FOUCAULT, *Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses*, Frankfurt a.M. 1977; S. BREUER, *Sozialdisziplinierung. Probleme und Problemverlagerungen eines Konzeptes bei Max Weber, Gerhard Oestreich und Michel Foucault*, in C. SACHSSE - F. TENNSTEDT (ed), *Soziale Sicherheit und soziale Disziplinierung*, Frankfurt a.M. 1986, S. 45-69; W. SCHULZE, *Gerhard Oestreichs Begriff «Sozialdisziplinierung in der frühen Neuzeit»*, in «Zeitschrift für Historische Forschung», 14, 1987, S. 265-302; M. DINGES, *Frühneuzeitliche Armenfürsorge als Sozialdisziplinierung? Probleme mit einem Konzept*, in «Geschichte und Gesellschaft», 17, 1991, S. 5-29; neuerdings H. SCHILLING, *Disziplinierung oder «Selbstregulierung der Untertanen»? Ein Plädoyer für die Doppelperspektive von Makro- und Mikrohistorie bei der Erforschung der frühmodernen Kirchenzucht*, in «Historische Zeitschrift», 264, 1997, S. 675-691; H.R. SCHMIDT, *Sozialdisziplinierung? Ein Plädoyer für das Ende des Etatismus in der Konfessionalisierungsforschung*, in «Historische Zeitschrift», 265, 1997, S. 639-682.

Interessengegensatz zwischen Obrigkeit und Untertanen ausgeht[2]. Dies gilt *mutatis mutandis* auch für jene Versuche, das Modell Disziplinierung auszuweiten und zu aktualisieren, indem die Vorstellung einer Verlaufsrichtung von oben nach unten, durch entgegengesetzte oder horizontale Verlaufsrichtungen ergänzt werden.

Neuere Forschungen zur frühneuzeitlichen Strafjustiz haben gezeigt, daß die von den Strafinstanzen verhängten Sanktionen keinesfalls einseitig als Akte der Repression zu verstehen sind[3]. Vielmehr wurde die obrigkeitliche Sanktionierung abweichenden Verhaltens einzelner Untertanen von der breiten Mehrheit der Untertanen akzeptiert oder sogar instrumentalisiert, um eigene Ziele zu verfolgen[4]. Das Ausmaß der Akzeptanz dokumentierte sich zum Einen im Ausmaß der Anzeige- und Zeugentätigkeit der Untertanen, zum Anderen auch in Suppliken an den Landesherren, in denen eine Bestrafung des Täters explizit verlangt wurde. Diese gingen in den meisten Fällen von Personen aus, die unmittelbar durch die Tat geschädigt worden waren. In jenen Fällen, in denen sich das gesellschaftliche Umfeld als zukünftiges potentielles Tatopfer wahrnahm, wurden jedoch auch nicht direkt von einer Tat betroffene Personen aktiv[5].

Der folgende Beitrag soll zeigen, daß es das Verständnis der frühneuzeitlichen Strafjustiz erschwert, wenn man dieses Phänomen auf disziplinarische

[2] Vgl. dazu W. SCHULZE, *Bäuerlicher Widerstand und feudale Gesellschaft in der frühen Neuzeit*, Stuttgart 1980; W. TROSSBACH, *Soziale Bewegung und politische Erfahrung. Bäuerlicher Protest in hessischen Territorien 1648-1806*, Weingarten 1987; P. BLICKLE, *Unruhen in der ständischen Gesellschaft, 1300-1800*, München 1988; H. GABEL, *Widerstand und Kooperation. Studien zur politischen Kultur rheinischer und maasländischer Kleinterritorien (1648-1794)*, Tübingen 1995; H.-P. ULLMANN (ed), *Protest und Widerstand* (Geschichte und Gesellschaft, 21, Heft 2), Göttingen 1995; D.M. LUEBKE, *His Majesty's Rebels: Communities, Factions, and Rural Revolt in the Black Forest*, 1725-1745, Ithaca NY 1997.

[3] Vgl. zum Beispiel G. SCHWERHOFF, *Köln im Kreuzverhör. Kriminalität, Herrschaft und Gesellschaft in einer frühneuzeitlichen Stadt*, Bonn 1991; H. SCHNABEL-SCHÜLE, *Überwachen und Strafen im Territorialstaat. Bedingungen und Auswirkungen des Systems strafrechtlicher Sanktionen im frühneuzeitlichen Württemberg* (Forschungen zur deutschen Rechtsgeschichte, 16), Köln 1997; M. FRANK, *Dörfliche Gesellschaft und Kriminalität. Das Fallbeispiel Lippe 1650-1800*, Paderborn 1995.

[4] Zum Konzept der Justiznutzung vgl. M. DINGES, *Michel Foucault, Justizphantasien und die Macht*, in A. BLAUERT - G. SCHWERHOFF, *Mit den Waffen der Justiz. Zur Kriminalitätsgeschichte des späten Mittelalters und der Frühen Neuzeit*, Frankfurt a.M. 1993, S. 189-212.

[5] Bei der Bekämpfung der über Land ziehenden Diebesbanden stimmten die disziplinarischen Interessen von Obrigkeit und der Mehrheit der Untertanen zum Beispiel häufig überein, wenn auch keineswegs immer Einigkeit über die Wahl der Gegenmaßnahmen bestehen mußte.

Intentionen zu reduzieren versucht. Strafjustiz geht nicht im Interessengegensatz zwischen Obrigkeit und Untertanen auf; vielmehr überschneiden sich hier eine Vielzahl von Interessengegensätzen, die es zu eruieren gilt, will man das Verhältnis zwischen Verbrechen und Strafen in der Frühen Neuzeit verstehen. Dies wird dann deutlich, wenn man der Analyse der strafrechtlichen Überlieferung anstatt disziplinierungstheoretischer Ansätze ein Konfliktmodell zu Grunde legt. Ein solches Modell erlaubt es, die Vielschichtigkeit und Widersprüchlichkeit der frühneuzeitlichen Strafjustiz aufzuzeigen, ohne auf immer noch verbreitete Bewertungen wie Willkür und Grausamkeit zu rekurrieren. Welche neuen Perspektiven sich bei diesem theoretischen Ansatz ergeben, soll anhand der Überlieferung zur peinlichen Strafjustiz im Hochstift Osnabrück, einem mittelgroßen geistlichen Territorium im Nordwesten des Alten Reiches, gezeigt werden[6]. Die zentrale Quelle stellen die zahlreichen Urteilsbegründungen der Osnabrücker Land- und Justizkanzlei, in deren Hand die Ausübung der peinlichen Strafjustiz lag, sowie die Korrespondenz zwischen den einzelnen Instanzen der Strafjustiz dar.

Im ersten Abschnitt wird auf einige Rahmenbedingungen der Strafjustiz im Hochstift Osnabrück im 18. Jahrhundert eingegangen. Hier geht es vor allem um das peinliche Strafverfahren, da in diesem Rahmen über die Anwendung oder Negation bestehender Rechtsnormen in der Praxis verhandelt wurde. Die Rekonstruktion des Strafverfahrens stellt deshalb eine unabdingbare Voraussetzung für das Verständnis frühneuzeitlicher Strafjustiz dar. Danach wird in einem zweiten Teil ein Konfliktmodell vorgestellt, das als theoretische Basis für die Argumentation dient. Abschließend soll an einem Fallbeispiel demonstriert werden, auf welchen unterschiedlichen Ebenen Konflikte im Rahmen eines Strafverfahrens auftauchen konnten. Dabei wird gezeigt, daß jener Konflikt, der über die Höhe der verhängten Sanktion entschied, nicht allein der zwischen Obrigkeit und Untertan war, der aus dem Bruch der Rechtsnorm resultierte. Das im vorliegenden Fall zunächst absurd und vollkommen willkürlich erscheinende Sanktionsverhalten der Obrigkeit stellt vielmehr das Ergebnis einer Vielzahl sich überlagernder Konflikte dar, die in dieser besonderen historischen Situation nicht lösbar waren.

[6] Vgl. dazu H. RUDOLPH, *«Eine gelinde Regierungsart». Peinliche Strafjustiz im geistlichen Territorium, das Hochstift Osnabrück (1716-1803)*, (Konflikte und Kultur - Historische Perspektiven, 6) Konstanz 2001.

1. *Peinliche Vergehen und peinliches Strafverfahren*

Die peinliche Gerichtsbarkeit – auch als Hoch-, Blutgerichtsbarkeit oder Kriminaljustiz bezeichnet – umfaßte traditionell alle Delikte, die Leib- oder Lebensstrafen nach sich zogen. Dazu zählten Gewaltdelikte wie Mord und Totschlag[7], Raub, ausgewählte Sittendelikte wie Inzest oder Bigamie, religiöse Delikte wie Gotteslästerung oder Grabschändung sowie Vergehen gegen die Obrigkeit wie Majestätsbeleidigung oder gewaltsamer Widerstand. Bei einer Reihe von Vergehen hing es vom Grad ihrer Schwere ab, ob eine peinliche Strafe verhängt wurde. Dazu zählt zum Beispiel der Diebstahl, der nur in qualifizierter Form[8] peinlich bestraft wurde. Je nach Territorium und konkretem Zeitraum wurde der Katalog peinlich zu bestrafender Tatbestände jedoch flexibel gehandhabt[9]. Für Osnabrück läßt sich feststellen, daß alle Arten abweichenden Verhaltens, die von Obrigkeit wie Untertanen als besonders schwere Verstöße gegen die Ordnung bewertet wurden, hierunter fallen konnten[10]. Dies dokumentiert sich darin, daß die Osnabrücker Land- und Justizkanzlei in diesen Fällen ein peinliches Verfahren durchführte und selbst eine Strafe verhängte. In dem Moment, in dem traditionelle Leibesstrafen entweder formal aufgehoben oder zumindest

[7] Mord und Totschlag waren in der Frühen Neuzeit im Gegensatz zu heute als Tatbestände nicht eindeutig definiert. Die Begriffe wurden mitunter austauschbar verwendet. Jedoch unterschied die Strafpraxis klar zwischen einer vorsätzlichen und einer Tat im Affekt. Die Todesstrafe wurde nur bei einem Tötungsvorsatz, bei Heimtücke und niederen Beweggründen ausgesprochen. Die von Carpzov entwickelte Lehre des *dolus indirectus*, wonach bereits die Wahl eines lebensgefährlichen Schlaginstrumentes eine Todesstrafe rechtfertige, wurde in der Praxis offenbar nicht umgesetzt. B. CARPZOV, *Practica nova rerum criminalium imperialis saxonica*, 3 Teile, Frankfurt a.M. 1758, hier pars I, questio 1, n. 28.

[8] Als qualifizierter Diebstahl wurde laut der *Carolina* (Art. 159, 160, 162) ein Diebstahl eingestuft, wenn der Gegenwert von fünf Dukaten überschritten war, es sich um mindestens den dritten Diebstahl handelte, oder ein Einbruch damit gekoppelt war. Vgl. ausführlich H. JANSSEN, *Der Diebstahl in seiner Entwicklung von der Carolina bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts*, Göttingen 1970.

[9] Im Hochstift Osnabrück war er im 18. Jahrhundert bereits ausgedünnt worden. Hier wurden zum Beispiel Ehebruch oder Gotteslästerung nur noch von den Untergerichten oder von der Geistlichkeit abgestraft. Beide Instanzen durften nur geringe Geldstrafen oder kurzzeitige Freiheitsstrafen, bzw. im letzteren Fall auch Kirchenstrafen, verhängen.

[10] So wurden in Osnabrück in Einzelfällen auch Ehemänner peinlich bestraft, die ihre Familie fortgesetzt mißhandelt hatten. Vgl. zum Beispiel den Fall «Betge sive Stolte», in: Niedersächsisches Staatsarchiv (künftig StAOS), Rep. 100 Abschn. 306 Nr. 30 Bl. 41-56. Das Amt hatte hier allerdings bereits mehrfach erfolglos Strafen verhängt, ehe der Landesherr eingeschaltet wurde und eine einjährige Karrenstrafe verhängte.

nicht mehr angewendet und durch die moderne Freiheitsstrafe ersetzt wurden, ist eine Definition, die sich an Strafmaß oder Tatbestand orientiert, ohnehin problematisch. Der gängigen strafen- bzw. tatbestandsabhängigen Definition des peinlichen Deliktes wird deshalb hier eine verfahrensabhängige vorgezogen.

Die peinliche Strafjustiz war im Hochstift Osnabrück im 18. Jahrhundert bereits stark zentralisiert. Sie wurde ausschließlich durch die oberste Justizbehörde, die Osnabrücker Land- und Justizkanzlei, ausgeübt[11]. Wurde auf lokaler Ebene eine Straftat angezeigt, führten die lokalen Beamten, die Vögte und Rentmeister erste Ermittlungen durch. Im Falle eines Gerüchtes waren sie verpflichtet, von selbst Ermittlungen aufzunehmen. Bei Fluchtgefahr inhaftierten sie den Verdächtigen und erstatteten anschließend summarisch Bericht bei der Kanzlei. Je nach Qualität der übermittelten Informationen entschied die Kanzlei über den weiteren Fortgang. Im Falle unzureichender Indizien auf ein Verbrechen verzichtete die Behörde entweder von vornherein auf einen Prozeß oder holte nochmals Informationen von den lokalen Beamten ein[12]. Nur bei begründetem Verdacht auf ein peinliches Vergehen wurde ein Inquisitionsprozeß in Gang gesetzt[13]. Die weiteren Ermittlungen führte der *Advocatus fisci*, der gleichzeitig auf die Funktion des Anklägers ausübte. Er fertigte zunächst auf der Grundlage des Amtsberichtes Fragenkataloge («Fragstücke») an, nach denen die Rentmeister Inquisiten und Zeugen der Tat auf den Ämtern zu vernehmen hatten.

[11] Die kollegial organisierte Behörde setzte sich im Untersuchungszeitraum mehrheitlich aus rechtsgelehrten, bürgerlichen Beamten zusammen. Nur unter den vier Kanzleiräten an der Spitze gab es auch Adlige. Vgl. dazu ausführlich H. RUDOLPH, *Regierungsart*, Kap. E.

[12] Aufgegriffene Vaganten wurden ohne besonderes Verfahren zumeist sofort formlos ausgewiesen und an die Grenze des Hochstifts gebracht. Nur wenn sie Diebesgut mit sich führten, bei einer Tat beobachtet worden waren oder sich im Verhör durch Mimik, Gestik und inhaltliche Widersprüche verdächtig gemacht hatten, wurde ein Verfahren eingeleitet.

[13] In Osnabrück handelte es sich um eine prozessuale Mischform, bei der die Elemente des Inquisitionsprozesses (Instruktions- und Offizialmaxime) jene des Akkusationsprozesses jedoch überwogen. Vgl. allgemein E. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen 1983³, S. 202 f.; H. SCHLOSSER, *Inquisitionsprozeß*, in *Handbuch der Religionsgeschichte*, 3 Bde., Göttingen 1971-1975, Bd. 2, Sp. 378-382; W. SELLERT, *Die Bedeutung und Bewertung des Inquisitionsprinzips aus rechtshistorischer Sicht*, in *Recht und Staat im sozialen Wandel. Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag*, Berlin 1983, S. 161-182; W. TRUSEN, *Der Inquisitionsprozeß. Seine historischen Grundlagen und frühen Formen*, in «Zeitschrift für Rechtsgeschichte» (künftig «ZRG»), Kan. Abt., 74, 1988, S. 168-230; G. JEROUSCHEK, *Die Herausbildung des peinlichen Inquisitionsprozesses im Spätmittelalter und in der frühen Neuzeit*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 104, 1992, S. 328-360.

Bei wichtigen oder zweifelhaften Fällen verhörte er die Angeklagten auch mitunter selbst.

Der Ablauf des Strafverfahren wurde durch die geltenden Beweisregeln bestimmt. Die Verhöre zielten zuerst auf das Geständnis des Inquisiten. Selbst wenn er durch zwei unverdächtige Zeugen der Tat überführt werden konnte, versuchte man dennoch ein Geständnis zu erlangen. Erst durch die Akzeptanz der wohlverdienten Strafe von Seiten des Täters wurde die öffentliche Ordnung tatsächlich wiederhergestellt. Bei Beweisproblemen wurde der Angeklagte zunächst mit möglichen Zeugen konfrontiert, leugnete er weiter, konnte er auch gefoltert werden[14]. Galt der Inquisit als überführt, verfaßte der *Advocatus fisci* die Anklageschrift, die zunächst dem Verteidiger zur Verfügung gestellt wurde[15]. Auf der Grundlage der Fallakten – dazu gehörten die Verhörprotokolle, Amtsberichte, Leumundszeugnisse, medizinische Gutachten, mitunter sogar Beweisstücke[16] – entwarf ein Kanzleirat anschließend einen begründeten Urteilsvorschlag («rationes decidendi et dubitandi»), der anschließend von allen vier Kanzleiräten diskutiert und gemeinsam verabschiedet wurde. Das Urteil wurde zunächst dem Geheimen Rat vorgelegt. Dieser reichte es samt einer eigenen Stellungnahme an den Landesherrn zur Bestätigung weiter. Erst danach konnte das Urteil vollzogen werden.

In Osnabrück kann das Strafverfahren als ein Gemeinschaftswerk von Untertanen und Obrigkeit verstanden werden. Die Untertanen waren nicht nur im Rahmen von Anzeige- und Zeugentätigkeit in das Rechtsverfahren integriert, sondern übten auch eine wichtige Rolle bei der Verfolgung von Straftätern und im Strafvollzug aus. Als Supplikanten konnten sie sowohl Einfluß auf das Strafverfahren – die Anhörung besonderer Zeugen zum Beispiel – als auch auf das Strafmaß ausüben[17]. Dabei erreichten nicht

[14] Allerdings erforderte dieser Verfahrenschritt in Osnabrück ein eigenes Verfahren, bei dem der Angeklagte das Recht auf einen Rechtsbeistand hatte. Das Torturürteil wurde von der Kanzlei gefällt und mußte außerdem vom Landesherrn bestätigt werden.

[15] Eine formale Verteidigung gab es im Hochstift Osnabrück bei allen Fällen, in der Angeklagte auf seiner Unschuld beharrte, die Klage auf eine Tortur oder auf eine Todesstrafe lautete. Mittellosen Angeklagten wurde dabei ein Verteidiger *ex officio* gestellt. Vgl. *Interims-Criminal-Ordnung* von 1716 in *Codex Constitutionum Osnabrugensium* oder *Sammlung von Verordnungen, generellen Bescheiden, Reskripten und anderen erläuternden Verfügungen, welche das Hochstift Osnabrück betreffen* (künftig CCO), 2 Theile, Osnabrück 1783-1819, Th. 1, S. 163-170.

[16] Dazu gehörten beispielsweise Tatwaffen, Augenscheinskizzen oder Diebesgut.

[17] Suppliken wurden im Rahmen der verstärken Konzentration auf die Untertanen als handelnde Akteure in letzter Zeit verstärkt als Quellen für historische Analysen herange-

wenige Untertanen durch ihre Bittschriften oder durch die Einschaltung von Fürsprechern am Ende, daß der Landesherr die ursprünglich geplante oder bereits verhängte Strafe erheblich milderte.

2. *Verbrechen und Strafen als Sonderformen gesellschaftlicher Konflikte*

Unter Konflikt wird im folgenden ein Interessengegensatz zwischen mindestens zwei Parteien verstanden, der entweder gelöst oder aber geregelt werden muß, um eine gewaltsame Eskalation zu vermeiden[18]. Nach dem Konfliktmodell Ralf Dahrendorfs resultieren Konflikte aus der Ungleichheit zwischen den am Konflikt beteiligten Kontrahenten, die durch Individuen, soziale Gruppen, Schichten oder Klassen repräsentiert werden können[19]. Ungleichheiten können sich auf unterschiedlichen Gebieten zeigen. Dazu zählen materieller Besitz, Macht, Integration in das soziale Umfeld oder spezifische Fähigkeiten. Ein Konflikt entsteht dann, wenn Teile der Gesellschaft ihren Anteil an einem bestimmten Gut auf Kosten und gegen den Willen anderer ausbauen wollen, die sich gegen diese Absicht zur Wehr setzen. Das Konfliktmodell hat – wie zum Beispiel auch das Modell der sozialen Kontrolle[20] – gegenüber den Disziplinierungskonzepten den Vorteil,

zogen. Vgl. allgemein G. DOLEZALEK, Art. *Suppliken*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Göttingen 1991, Bd. 4, Sp. 94-97; J.H. ZEDLER, *Großes vollständiges Universal Lexicon aller Wissenschaften und Künste*, 64 Bde., Halle 1732-1754, hier Bd. 41, Sp. 364-372; W. HÜLLE, *Das Supplikenwesen in Rechtssachen. Anlageplan für eine Dissertation*, in «ZRG», Germ. Abt., 90, 1973, S. 194-212; H. NEUHAUS, *Supplikationen als landesgeschichtliche Quellen – as Beispiel der Landgrafschaft Hessen im 16. Jahrhundert*, in «Hessisches Jahrbuch für Landesgeschichte», 28, 1978, S. 110-190, 29, 1979, S. 63-97; O. ULBRICHT, *«Angemaßte Leibeigenschaft». Supplikationen von schleswigschen Untertanen gegen ihre Gutsherren zu Beginn des 17. Jahrhunderts*, in «Demokratische Geschichte», 6, 1991, S. 11-34; R. FUHRMANN - B. KÜMIN - A. WÜRGLER, *Supplizierende Gemeinden. Aspekte einer vergleichenden Quellenbetrachtung*, in P. BLICKLE (ed), *Gemeinde und Staat im Alten Europa* (Historische Zeitschrift, Beiheft 25), München 1998, S. 267-323, bes. S. 267-269; A. HOLENSTEIN, *Bittgesuche, Gesetze und Verwaltung. Zur Praxis «guter Policey» in Gemeinde und Staat des Ancien Régime am Beispiel der Markgrafschaft Baden(-Durlach)*, in P. BLICKLE (ed), *Gemeinde und Staat*, S. 325-357. An dieser Quellenart läßt sich besonders gut zeigen, das Strafen in der frühen Neuzeit das Ergebnis eines Aushandlungsprozesses zwischen Obrigkeit und Untertanen darstellten, der auch nach Abschluß des Strafverfahrens noch nicht abgeschlossen war. Vgl. dazu H. RUDOLPH, *Regierungsart*, Kap. G.

[18] Vgl. im folgenden schon H. RUDOLPH, *Regierungsart*, Einleitung.

[19] Vgl. R. DAHRENDORF, *Konflikt und Freiheit. Auf dem Weg zur Dienstklassengesellschaft*, München 1972, S. 20-47, bes. S. 25.

[20] Vgl. dazu u.a. H. PETERS, *Devianz und soziale Kontrolle: eine Einführung in die Soziologie abweichenden Verhaltens* (Grundlagentexte Soziologie), Weinheim 1989; D. FREHSEE (ed),

daß sich auf dieser Grundlage die Steuerungspotentiale und die Mitwirkung aller an der Strafjustiz beteiligten sozialen Gruppen ausloten lassen[21]. Selbst das Problem einer von der Herrschaftselite intendierten Disziplinierung der Untertanen läßt sich integrieren, wenn Obrigkeit und Untertanen die Rolle der Kontrahenten übernehmen. Die Ungleichheit besteht in diesem Fall in dem von oben intendierten und dem von unten tatsächlich gezeigten Verhalten.

Häufig werden zunächst informelle Strategien ausprobiert, um einen Konflikt zu regeln[22]. Erst dann, wenn eine Seite den Konsens verweigert, wird die Justiz als institutionelle und damit formale Alternative der Konfliktregelung eingeschaltet[23]. Das bedeutet, daß die rechtliche Überlieferung nur einen – sehr wahrscheinlich sogar geringen – Teil frühneuzeitlicher sozialer Konflikte spiegelt. Allerdings gilt dies weniger für den Bereich der peinlichen Strafjustiz. Hier läßt sich für das Hochstift im 18. Jahrhundert feststellen, daß sich die territorialen Spruchinstanzen als Mittel der Konfliktregelung gerade im Zusammenhang mit der Schwerkriminalität etabliert haben. Akte der Selbstjustiz werden zum Beispiel zu selten aufgedeckt – und regelmäßig von der Obrigkeit bestraft – um tatsächlich eine zentrale Rolle gespielt zu haben. Die Fragen nach den eigentlichen Kontrahenten eines Konflikts jenseits von Obrigkeit und Untertan, nach der Art der bestehenden

Strafrecht, soziale Kontrolle, soziale Disziplinierung (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 15), Opladen 1993; R. BERGALLI - C. SUMNER, *Social Control and Political Order. European Perspectives at the End of the Century*, London 1997.

[21] Die Vorstellung, daß nicht bei jedem Verbrechen *per se* Handlungsbedarf entsteht, sondern nur dann, wenn es einen Konflikt auslöst, prägt auch den sogenannten *labeling approach*, der die neuere Kriminalitätsforschung stark beeinflußte. Vgl. dazu F. SACK, *Kriminalität, Gesellschaft und Geschichte: Berührungsängste der deutschen Kriminologie*, in «Kriminologisches Journal», 19, 1987, S. 241-268; W. RÜTHER, *Abweichendes Verhalten und «labeling approach»*, Köln 1975. Der *labeling approach* ermöglicht eine kontextgebundene flexible Definition von abweichendem Verhalten, die es erlaubt, die Bedeutung sozialer, ökonomischer und kultureller Faktoren zu berücksichtigen. Um dies an einem Beispiel zu verdeutlichen: Fälle von Inzest oder Ehebruch wurden im Hochstift Osnabrück in der Regel so lange nicht geahndet, bis aus dieser Verbindung ein Kind entstanden war. Erst die daraus resultierenden erb- und versorgungsrechtlichen Konsequenzen sowie der nun offensichtliche Rechtsbruch, der eine Sanktion geradezu herausforderte, zwangen die Obrigkeit dazu, den Rechtsbruch zu ahnden.

[22] Je nach Verbrechen, sozialer Stellung und Einstellung des Opfers gegenüber der Justiz kann auch sofort die Justiz eingeschaltet werden, weil von vornherein klar ist, daß sich der Konflikt nicht informell regeln läßt (zum Beispiel bei Mord außerhalb der Familie).

[23] «Konfliktregelung» steht hier bewußt, da die Justiz die dem Konflikt zugrundeliegenden Ungleichheiten in der Regel gerade nicht löst, sondern nur regelt und damit kontrollierbar macht. Vgl. zur Konfliktregelung R. DAHRENDORF, *Konflikt*, S. 41-43.

Ungleichheiten und nach der Form und dem spezifischen Verfahren der Regelung verweisen letztlich auf Funktionen und die soziale Logik von Strafjustiz in der Frühen Neuzeit.

Welche Formen konnten nun die Konflikte annehmen, die im Zusammenhang mit einer Straftat auftraten? In welcher Weise beeinflußten sie die obrigkeitliche Reaktion auf das Vergehen? Zunächst ist festzustellen, daß die Konflikte, die im Rahmen eines Strafverfahrens geregelt werden mußten, ganz unterschiedlichen Ebenen zuzurechnen sind[24]. Den Ausgang bildete der Konflikt zwischen Täter und Opfer, der die Tat ausgelöst hatte[25]. Im Falle eines Diebstahls waren es zum Beispiel ungleiche Besitzverhältnisse zwischen Täter und Opfer. Ungleich meint hier nicht unbedingt nominell ungleich, sondern es kann aus der Perspektive des Täters auch lediglich unangemessen dem eigenen Anspruch heißen. Aus der Tat entstand ein neuer Konflikt, wobei sich die Wahrnehmung von Ungleichheit nun zwischen Täter und Opfer umkehrte. Die Handlungsalternativen, die sich dem Geschädigten einer Straftat boten, waren vielfältig. Er konnte das Vergehen dulden, Selbstrache üben, eine informelle Entschädigung in welcher Form auch immer anstreben oder die Tat der Obrigkeit anzeigen.

Je nach Tatbestand konnte sich nicht nur unmittelbar das Tatopfer, sondern mittelbar auch das gesellschaftliche Umfeld als geschädigt fühlen, dann nämlich, wenn die Tat in fundamentaler Weise gegen allgemein akzeptierte Regeln des sozialen Zusammenlebens verstieß oder der Allgemeinheit Folgekosten drohten. Diese konnten sowohl irdischer – etwa im Zusammenhang mit illegitimem Nachwuchs – oder auch überirdischer Natur sein, wie dies etwa für die Vorstellung des Gotteszorns zutrifft, die unter den Untertanen offenbar länger präsent war, als dies für die Funktionsträger der Strafjustiz galt. Deshalb hatte auch das gesellschaftliche Umfeld ein Interesse daran, daß grobe Normverstöße von Seiten der Obrigkeit mit einer Sanktion geahndet wurden.

Als Bruch einer von der Obrigkeit gesetzten oder zumindest bestätigten Rechtsnorm führte das Verbrechen außerdem zum Konflikt zwischen Obrigkeit und Untertan. Die Legitimation, Rechtsnormen zu setzen und über die Gültigkeit bereits bestehender Rechtsnormen zu entscheiden, verkörperte

[24] Dahrendorf unterscheidet drei Konfliktformen: zwischen ranggleichen Kontrahenten, zwischen Kontrahenten unterschiedlichen Ranges und zwischen einem Teil der Gesellschaft und der Gesamtheit. Im Bereich der frühneuzeitlichen Strafjustiz traten alle drei Formen auf und überlagerten sich zumeist.

[25] Bei jenen Delikten, bei welchen es keine direkt geschädigten Personen gab – wie zum Beispiel Gotteslästerung –, trat die Obrigkeit an die Stelle des Opfers.

ein zentrales Privileg frühneuzeitlicher Herrschaft. Deshalb stellte ein Rechtsbruch einen Akt verweigerter Herrschaftsakzeptanz dar, der vor allem dann bestraft werden mußte, wenn die Gefahr bestand, daß andere Untertanen diesem Beispiel folgten. Deshalb spielte der primär von generalpräventiven Erwägungen bestimmte Gedanke der Abschreckung eine ganz entscheidende Rolle bei der Bestimmung des Strafmaßes. Die Breitenwirkung der Tat sollte durch die Breitenwirkung der Strafe aufgefangen werden. Diese war um so höher, je härter die verhängte Strafe war und je wirkungsvoller sie inszeniert wurde – allerdings nur dann, wenn das «Theater des Schreckens» nicht zum alltäglichen Spektakel verkam[26].

Zu den bislang genannten Konfliktformen kamen solche, die sich aus der Stellung der Funktionsträger in der territorialen Verwaltungshierarchie ergaben, die mit der Ausübung der Strafjustiz befaßt waren. Dies galt für die lokale Ebene, für die Vögte und Rentmeister, die sich sowohl ihrem Amt als landesherrliche Beamte als auch den Untertanen verpflichtet fühlten, mit denen sie in unmittelbarer Gemeinschaft lebten[27]. Dies galt auch für die territoriale Ebene, die Beamten der Land- und Justizkanzlei. Die Behörde hatte nicht nur zwischen oben und unten, sondern auch zwischen mehreren gleichgeordneten Interessenebenen zu vermitteln: Als landesherrliche Bedienstete handelten die Beamten im Auftrag des Landesherrn; als oberste Justizbehörde vertraten sie die Interessen des Territoriums. Im Zuge der inneren Staatsbildung identifizierten sich die Justizbeamten auf der einen Seite zunehmend mit dem 'Staat' als einem vom jeweiligen Landesherrn unabhängigen, abstrakten Gebilde. Auf der anderen Seite war es der Landesherr, der sie in ihr Amt einsetzte und letztlich auch bezahlte[28].

[26] Dieser Gedanke ist zum Beispiel im publizistischen Werk des Osnabrücker Staatsmannes Justus Möser ganz zentral. Möser war in mehreren Funktionen mit der Ausübung von Strafjustiz beschäftigt. Vgl. dazu H. RUDOLPH, *Bürgerliebe versus Menschenliebe – Verbrechen und Strafen in Theorie und Praxis bei Justus Möser*, in W. WOESLER (ed), *Möser-Forum 3*, Osnabrück 2001.

[27] Auf diesen Aspekt wurde in der Forschung im Zusammenhang mit lokalen Eliten bereits mehrfach hingewiesen. Vgl. für die lokale Ebene u.a. J. EIBACH, *Der Staat vor Ort: Amtmänner und Bürger im 19. Jahrhundert am Beispiel Badens* (Historische Studien, 14), Frankfurt a.M. 1994; C. ULBRICH, *Geortete Herrschaften* (Werkstatt Geschichte, 16), Hamburg 1997; M. HOHKAMP, *Herrschaft in der Herrschaft. Die vorderösterreichische Obervogtei Triberg von 1737-1780*, Göttingen 1998.

[28] Im Hochstift Osnabrück wurde der potentielle Gegensatz zwischen Territorium und Landesoberhaupt noch dadurch verschärft, daß die Landesherrn regelmäßig aus anderen Territorien kamen und auch auswärts residierten. Aufgrund der Wahlverfassung des geistlichen Territoriums beschränkte sich die Gestaltungskraft eines Bischofs auf seine eigene Regierungszeit; von längerfristigen Projekten konnte er damit ohnehin nicht profitieren.

Die Beamten waren jedoch nicht nur Staatsbeamte, sondern auch Untertanen. In dieser Eigenschaft fühlten sie sich auch dem Untertanenverband verpflichtet[29]. Gerade im Hochstift Osnabrück gab es ein sehr starkes Bewußtsein der regionalen Besonderheit, das sich am Festhalten an alten Rechtsgewohnheiten zeigte, die weder im Interesse des Landesherrn noch in dem des frühmodernen Staates sein konnten.

Zu diesen konkurrierenden Loyalitäten kam in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts ein weiterer Konflikt hinzu, dessen Entstehung in engem Zusammenhang mit den Reformforderungen der zeitgenössischen Strafrechtswissenschaft zu sehen ist[30]. Im Zuge der zunehmenden Rationalisierung wurde die theokratische Legitimation der Strafjustiz – die Vermeidung des drohenden Gotteszorns – durch die Sicherung und Förderung des gemeinen Wohls ersetzt. Das existente Strafsystem, das noch durch Elemente des Tallionsprinzips und vor allem durch physisch versehrende Sanktionen bestimmt wurde, ließ sich mit diesen Zielen nicht vereinbaren. Vielmehr setzte sich auf Seiten der territorialen Amtsträger die Erkenntnis durch, daß durch den Vollzug der rechtlich vorgegebenen Strafen gesellschaftliche Randgruppen geschaffen wurden, die ihren Lebensunterhalt entweder auf kriminelle Weise verdienen oder auf Kosten von Staat und Gemeinden unterhalten werden mußten. Diese Einsicht führte dazu, daß nun der Gedanke der Zweckmäßigkeit einer Sanktion viel stärker in den Vordergrund trat. Als zweckmäßig erschien eine Strafe dann, wenn sie

Allerdings gab es im Fall Osnabrück durch die Bestimmung der alternativen Sukzession – jeder zweite Landesherr mußte evangelisch sein und aus dem Haus Braunschweig-Lüneburg kommen – eine quasi-dynastische Verbindung zu Kurhannover.

[29] Laut der *Capitulatio Perpetua*, der Verfassung des Hochstifts Osnabrück von 1650, hatte die Kanzlei zum Beispiel die Aufgabe, die konfessionelle Gerechtigkeit im Hochstift sicherzustellen. Dieser Bereich war in Osnabrück deshalb besonders konfliktträchtig, da im Unterschied zu anderen geistlichen Territorien hier mit dem Landesherrn regelmäßig nicht nur die Dynastie, sondern auch die Konfession wechselte. Vgl. *Capitulatio Perpetua*, Art. 1-4, in *CCO*, S. 1635-1660; zur Verfassung vgl. J. FRECKMANN, *Die Capitulatio Perpetua und ihre verfassungsgeschichtliche Bedeutung für das Hochstift Osnabrück (1648-50)*, in «Osnabrücker Mitteilungen» (künftig «OM»), 31, 1906, S. 129-203.

[30] Vgl. dazu neuerdings M.A. CATTANEO, *Aufklärung und Strafrecht. Beiträge zur deutschen Strafrechtsphilosophie des 18. Jahrhunderts*, Baden-Baden 1998; F. SCHAFFSTEIN, *Die europäische Strafrechtswissenschaft im Zeitalter des Humanismus* (Göttinger rechtswissenschaftliche Studien, 13), Göttingen 1954; H. CONRAD, *Deutsche Rechtsgeschichte. Ein Lehrbuch*, 2 Bde., Karlsruhe 1962-1966, S. 436-452; E. SCHMIDT, *Einführung*, S. 203-235; sowie speziell zu Frankreich G. HABER, *Strafgerichtliche Öffentlichkeit und öffentlicher Ankläger in der französischen Aufklärung mit einem Ausblick auf die Gesetzgebung der Konstituante* (Strafrechtliche Abhandlungen, 32), Berlin 1979, S. 72-105.

dem Staat möglichst wenig finanzielle und demographische Ressourcen entzog und die zukünftige Sicherung der Ordnung garantierte. Dabei galt eine ungerechte Strafe *per se* als unzweckmäßig, da sie die Akzeptanz des Strafsystems unter den Untertanen aushöhlte und damit die Ordnung gefährdete[31].

Zwischen der Entwicklung der Strafrechtstheorie und den ökonomischen, demographischen und politischen Entwicklungen des 18. Jahrhunderts klaffte jedoch ein unüberbrückbarer Gegensatz. Die Auseinandersetzungen mit dem zeitgenössischen Strafrechtsdiskurs führte zu einem Zielkonflikt, der letztlich auch die Strafpraxis prägte: Während die als ansteigend wahrgenommene Kriminalität nach einer Verschärfung der Sanktionen zu verlangen schien, propagierte die 'aufgeklärte' Strafrechtswissenschaft genau das Gegenteil. Der umfassende Reformstau im Bereich des Strafrechts verschärfte den Gegensatz zwischen den geltenden Rechtsnormen und den Erkenntnissen der zeitgenössischen Strafrechtstheorie zusätzlich[32]. Unter dem Einfluß des italienischen Juristen Cesare Beccaria erschienen die geltenden Strafgesetze auch den Osnabrücker Justizräten inzwischen als «Produkte eines rohen Zeitalters», die unter den nun veränderten Umständen «nicht mehr anwendbar» waren[33]. Der «barbarische» Strafenkatalog hatte nach ihrer Einschätzung zu einer Sittenverrohung geführt, die die Gesellschaft nicht besser, sondern schlechter gemacht hatte. Damit

[31] Vgl. dazu schon J. GRUNER, *Versuch über die recht- und zweckmäßigste Einrichtung öffentlicher Sicherungsinstitute, deren jetzigen Mängel und Verbesserungen. Nebst einer Darstellung der Gefangenen-, Zucht- und Besserungshäuser Westphalens*, Frankfurt a.M. 1802, S. 32 f.

[32] Von einzelnen Kodifikationsversuchen (z.B. *Codex juris Bavarici criminalis* 1751, *Constitutio criminalis Theresiana* 1768) abgesehen, die jedoch im wesentlichen nur die bestehenden Verfahrensweisen festschrieben, beschränkten sich reichsweit die strafrechtlichen Erlasse auf die unsystematische Regelung von einzelnen Sachverhalten. Erst mit dem *Preußisch Allgemeinen Landrecht* von 1794 wurde eine Kodifikation neuen Stils geschaffen, die zentrale Impulse der 'aufgeklärten' Strafrechtswissenschaft aufzunehmen versuchte. Vgl. dazu H. HATTENHAUER (ed), *Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten von 1794*, Neuwied 1994²; F. EBEL (ed), *Gemeinwohl – Freiheit – Vernunft – Rechtsstaat: 200 Jahre allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten*, Symposium der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, 27.-29. Mai 1994, Berlin 1995; B. DÖLEMEYER (ed), *200 Jahre Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten: Wirkungsgeschichte und internationaler Kontext* («Ius commune» Sonderhefte. Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, 75), Frankfurt a.M. 1995; G. BIRTSCH (ed), *Reformabsolutismus und ständische Gesellschaft. Zweihundert Jahre Preußisches Allgemeines Landrecht* (Forschungen zur brandenburgischen und preußischen Geschichte, Beiheft 3), Berlin 1998.

[33] StAOS, Rep. 100 Abschn. 306 Nr. 60 Bl. 14. Zu Beccaria vgl. u.a. M.A. CATTANEO, *Aufklärung*, S. 7-62.

hatte er sich als denkbar ungeeignet erwiesen, die öffentliche Sicherheit zu gewährleisten und das gemeine Wohl zu fördern.

Die Diskrepanz zwischen den geltenden Rechtsnormen und der neueren Strafrechtstheorie versuchte die Justiz in der Praxis zu kompensieren, indem sie die Strafnormen zunehmend umging. Neben dem Verweis auf Verfahrensfehler diente vor allem die Gnadenpraxis dazu, überholte Reichs- und Partikularrechte den veränderten sozioökonomischen Umständen anzupassen[34]. Welche Probleme sich aus diesem Verfahren ergaben, soll im folgenden an einem Fallbeispiel aus den 1730er Jahren verdeutlicht werden.

3. *Vor den Schranken der Justiz: Der Dieb Johann Berend Rolfs*

Die Überlieferung des hier geschilderten Falles beginnt mit dem Urteil und der Urteilsbegründung, die die Osnabrücker Justizkanzlei im Dezember des Jahres 1736 an den Landesherrn zur Bestätigung einreicht[35]. Wegen viermaligem Bruch der Urfehde, Meineid und Diebstahl beantragen die Räte für den Inquisiten Rolfs beim Landesherrn die Todesstrafe. In der Urteilsbegründung wird die kriminelle Vergangenheit des Inquisiten ausgebreitet. Der vielfache Verweis auf die wiederholten Straftaten soll dazu dienen, das vom Landesherrn möglicherweise als zu hart empfundene Todesurteil zu rechtfertigen. Bereits 1729 war Rolfs wegen mehrerer kleiner Diebstähle zu Geld- und Turmstrafen verurteilt worden. Bis zum März 1736 war der Mann bereits sieben Mal bestraft worden, wobei das Strafmaß stufenweise erhöht worden war.

Schon 1732 hatte ihn die Kanzlei wegen wiederholten Diebstahls auf fünf Jahre aus dem Hochstift verwiesen. Trotz des Landesverweises wurde er bereits kurz danach erneut im Hochstift bei einem Diebstahl ertappt und wiederum auf fünf Jahre verwiesen[36]. Auch in diesem Fall hatte die Strafe

[34] Im Hochstift Osnabrück milderten die Landesherren im 18. Jahrhundert in einem Drittel aller Fälle die Strafen im Nachhinein ab, obwohl die Justizkanzlei in vielen Fällen von vornherein bereits eine extraordinarische Strafe vorgeschlagen hatte. Als extraordinarisch werden Strafen bezeichnet, bei denen aufgrund von mildernden oder strafverschärfenden Umständen von der Regelstrafe (*poena ordinaria*) abgegangen wird.

[35] Vgl. im folgenden StAOS, Rep. 100 Abschn. 306 Nr. 33 Bl. 251-276.

[36] War bereits einmal ein zeitlich begrenzter Landesverweis ausgesprochen worden, so erfolgte bei einem erneuten Vergehen ein ewiger Landesverweis oder zumindest ein Landesverweis mit erhöhter Dauer. Mit einer Ausnahme, bei der ein Mann auf zehn Jahre verwiesen worden war, überschritt die Dauer des zeitlich begrenzten Landesverweises in

nicht den gewünschten spezialpräventiven Effekt: Rolfs kam zurück, wurde beim Stehlen ertappt und nun zum Staupenschlag mit sechs Ruten[37] und – damit automatisch verbundener – ewiger Landesverweisung verurteilt. Kurze Zeit später, im März 1736, wiederholte sich das Schauspiel. Jetzt verurteilte die Kanzlei Rolfs zum Staupenschlag mit zwölf Ruten und gleichzeitig zur Brandmarkung. Bei der Urteilsverkündung wurde Rolfs ausdrücklich gewarnt, daß ihm beim nächsten Mal die Todesstrafe drohe.

Ohne Erfolg: In der nächsten Urteilsbegründung – jener vom Dezember 1736 – stellte die Kanzlei fest, daß sie gehofft habe, diesmal werde die Strafe ihre Wirkung nicht verfehlen, jedoch sei der Frevel des Inquisiten derart groß, daß er schon nach wenigen Monaten im Hochstift erneut beim Diebstahl ertappt worden sei. Mit dem Hinweis auf die vielzitierten Werke der Juristen Lyncker, Stryk und Frölich, den Paragraphen 15 der *Interims-Criminal-Ordnung* von 1716 sowie Art. 108 der *Carolina* beantragte die Kanzlei die Todesstrafe durch das Schwert[38]. Der Verteidiger, der Rolfs aufgrund des beantragten Strafmaßes *ex officio* gestellt worden war, hob vor allem auf die fehlende Angemessenheit von Tat und Strafe ab: Mit einem derart kleinen Diebstahl könne das Leben des Inquisiten nicht verwirkt sein. Außerdem schreibe der Art. 108 der *Carolina* nur dann die Todesstrafe vor, wenn der Bruch der Urfehde mit einem Delikt gekoppelt sei, das allein schon die Todesstrafe rechtfertige[39]. Außerdem habe Rolfs eine «unvermögende, elende» Frau und sechs kleine Kinder.

Die Argumente des Verteidigers verfehlten offenbar ihre Wirkung nicht, denn der Geheime Rat fragte beim Landesherrn an, ob die Strafe vollzogen oder nicht doch gemildert werden solle. Schon in dieser Formulierung zeigt sich, daß das Gremium im Grunde eine Begnadigung für sinnvoll hielt. Der Landesherr Clemens August von Wittelsbach, seit 1728 auch Fürstbischof

Osnabrück in der Regel fünf Jahre nicht. Daß Rolfs zweimal auf fünf Jahre verwiesen wurde, lag möglicherweise daran, daß sich das lokale Umfeld für den Inquisiten eingesetzt hatte. Ein nicht angesessener Täter wäre mindestens auf ewig verwiesen worden.

[37] Bei einer Ausstäupung wurde mit jeder Rute drei Mal zugeschlagen. Dies bedeutete im Falle von Rolfs achtzehn Schläge, die oft lebenslang sichtbare Narben zurückließen.

[38] Der Verweis auf Paragraph 15 der *Interims-Criminal-Ordnung* ist in diesem Zusammenhang nicht ganz klar. Dort wird lediglich festgelegt, daß die lokalen Beamten ihre Ermittlungen nach dem Muster der Traktate von Brunnemann und Frölich durchführen sollen; *CCO*, S. 167.

[39] Dies trifft zu. Allerdings hatte Rolfs mit der Vielzahl seiner bereits abgestraften Diebstähle laut. Art. 160 bereits mehrfach den Strang verdient. Der Verteidiger führte außerdem ein Urteil der Juristenfakultät der Universität Helmstedt an, in dem der Inquisit selbst bei einem sechsfachen Bruch der Urfehde nur *ad operas publicas* verdammt worden war.

von Osnabrück, begnadigte Rolfs zur Ausstäupung und Brandmarkung, verfügte jedoch, daß der Delinquent zunächst zum Richtplatz geführt, ihm das Todesurteil verlesen und erst anschließend die Begnadigung verkündet werden solle[40]. Durch diese Inszenierung sollte die abschreckende Wirkung der ursprünglich beantragten Strafe aufrechterhalten werden und der Gnadenakt um so eindrucksvoller erscheinen. Aber auch jetzt verfehlte die verhängte Strafe die beabsichtigte Wirkung auf Rolfs. Bereits im September 1737 tauchte er wieder im Hochstift auf und wieder stand er im Verdacht, einen Diebstahl begangen zu haben. Dieses Mal konnte ihn die Kanzlei der Tat zwar nicht überführen, dafür konnte er jedoch den wiederholten Bruch der Urfehde nicht leugnen. Die Kanzlei beantragte erneut die Todesstrafe, die ihrer Ansicht nach diesmal auch unbedingt zu vollziehen sei[41]. Rolfs sei «incorrigibel». Aber auch in diesem Fall folgte Clemens August von Wittelsbach der Argumentation der Kanzlei nicht, sondern begnadigte Rolfs erneut. Gleichzeitig fragte er jedoch bei der Kanzlei an, was am besten mit dem Begnadigten anzufangen sei. Auch dem Landesherrn war inzwischen klar, daß eine einfache Wiederholung des letzten Strafmaßes hier nichts fruchten würde.

Die Stellungnahme der Kanzlei belegt eindrucksvoll das Dilemma, in dem sich die frühneuzeitliche Strafjustiz im Falle eines permanent wiederholten geringfügigen Vergehens befand. Als einzig sinnvolle Alternative erschien den Beamten, den Delinquenten lebenslang einzusperren und damit für immer aus dem Verkehr zu ziehen. Sie stellten fest, daß die beste Strafe darin bestünde, den Täter zur lebenslangen Festungsarbeit zu verurteilen. Dazu bestand im Hochstift jedoch keine Möglichkeit, da es hier keine Festungsbauten gab, in denen Strafgefangene zur Arbeit eingesetzt werden konnten. Deshalb hatte die Kanzlei bereits in Münster angefragt, ob Rolfs auf Kosten des Hochstifts dort aufgenommen werden könne. Die Münstersche Regierung lehnte das Ersuchen jedoch mit dem Hinweis ab, daß Rolfs gebrandmarkt sei[42]. Offenbar hatte Münster bereits genug eigene Sträflinge, die untergebracht werden mußten. In ihrem Gutachten ging die

[40] Zwischen dem Urteilsspruch und dem Eintreffen der landesherrlichen Bestätigung vergingen in diesem Fall gerade zwölf Tage. Der Geheime Rat hatte das Urteil bereits zwei Tage später weitergeleitet. Allerdings saß der Inquisit schon seit drei Monaten in Untersuchungshaft.

[41] Der Verteidiger betonte, daß der Inquisit nur zurückgekommen sei, um seinen Kindern etwas Geld zu bringen. Dieses Argument verwarf die Kanzlei, indem sie darauf verwies, daß der Inquisit bereits 1734 seine Kinder als Entschuldigungsgrund genannt habe.

[42] In Ausnahmefällen kam es vor, daß Straftäter von Osnabrück nach Münster exportiert wurden. Vgl. zum Beispiel den oben angeführten Fall Betge.

Kanzlei auch auf die hohen Kosten einer solchen Strafe ein. So betonte sie, daß der jährliche Unterhalt des Inquisiten mindestens 25 Reichstaler betrage, wobei der Inquisit auch noch auf Kammerkosten eingekleidet werden müsse. Es blieb damit keine andere Wahl, als das letzte Strafmaß zu wiederholen. Mit dem Hinweis, daß dies nun wirklich die letzte Begnadigung sei, wurde erneut ausgestäupt und gebrandmarkt.

1740 stand Rolfs schon wieder vor den Schranken des Gerichts. Auch jetzt führte der Verteidiger die wirtschaftliche Notlage seines Klienten ins Feld und verwies darauf, daß Rolfs «in diesen teuren und nahrungslosen Zeiten» erfolglos versucht habe, in Holland und Preußen Arbeit zu finden. Die Kanzlei beantragte wiederum die Todesstrafe. Da sie eine erneute Begnadigung des Delinquenten für möglich hielt, betonte sie extra: Die «Frechheit und Incorrigibilität dieses Menschen» sei so groß, daß im Falle einer erneuten Strafmilderung «fast kein Übelthäter sich ein Bedenken machen würde, die Landesverweisunge zu achten, und die Urfehde zu brechen»[43]. Die Beamten erkannten klar, daß mit einer solchen Begnadigungspraxis das ganze Strafsystem *ad absurdum* geführt wurde. Ohne Rücksicht auf die Ausführungen der Kanzlei begnadigte Clemens August von Wittelsbach auch jetzt den Delinquenten. Mit dieser Begnadigung bricht die Überlieferung 1740 ab. Entweder hatte sich Rolfs in der Folge nicht mehr im Hochstift ertappen lassen oder – was wahrscheinlicher ist – er war ohne direkte obrigkeitliche Einwirkung zu Tode gekommen.

Der Mann war in elf Jahren fünfzehn Mal bestraft worden. Er hatte den ganzen Kanon der im Rahmen von niederer und höherer Strafjustiz vorhandenen Sanktionsmöglichkeiten durchlaufen – mit Ausnahme der höchsten Strafe, der Todesstrafe. Das Grunddilemma war hier ein zweifaches. Einerseits blieb jemandem wie Rolfs ganz offensichtlich gar nichts anderes übrig, als zu stehlen, da er durch die Strafjustiz stigmatisiert und somit aller Möglichkeiten, sich ehrlich zu ernähren, beraubt worden war. Andererseits bestand nach Ansicht der Kanzlei die einzig sichere Methode, die Öffentlichkeit vor zukünftigen Straftaten zu schützen, in lebenslangem Ausschluß aus der Gesellschaft. Diejenigen Sanktionsformen, die dieses Ziel gewährleistet hätten – der Vollzug der Todesstrafe oder der lebenslange Freiheitsentzug – erschienen hier jedoch als unangemessen oder als nicht durchführbar.

Die Todesstrafe hatte selbst die Kanzlei trotz der geltenden Rechtsnormen, die sie sowohl im Falle des mehrfachen Diebstahls als auch des mehrfachen

[43] StAOS, Rep. 100 Abschn. 306 Nr. 33 Bl. 275.

Urfehdebruchs vorsahen, erst beim achten Strafurteil beantragt, obwohl dies auch schon zuvor möglich gewesen wäre[44]. Die Haltung der Justizkanzlei zur Todesstrafe war ohnehin ambivalent. Einerseits zweifelte sie an der abschreckenden Wirkung dieser Strafe. In den Urteilsankündigungen findet sich immer wieder der Hinweis, daß man nun schon wieder ein neues Verbrechen zu richten habe, obwohl kurz zuvor bereits Delinquenten «auf die greulichste Weise» hingerichtet worden seien. Andererseits wurden die Todesurteile regelmäßig mit der stereotypen Phrase begründet, daß ein «abschreckendes Exempel statuiert» werden müsse[45].

Die Geringfügigkeit der Vergehen – Rolfs hatte vor allem Lebensmittel, Garben und Flachs gestohlen – ließ offenbar auch die Kanzlei zunächst an der Angemessenheit dieser Strafe zweifeln. Der wiederholte Bruch der Urfehde war dabei zunächst sekundär für die Höhe des beantragten Strafmaßes gewesen, da das Delikt ohne Verbindung mit einer neuen Straftat in der Praxis weit weniger streng geahndet wurde, als dies rechtlich möglich gewesen wäre[46]. Dies zeigt sich im Falle von Rolfs schon daran, daß der Mann immer erst im Zusammenhang mit einem Diebstahl inhaftiert und verurteilt wurde, wobei sehr unwahrscheinlich ist, daß er sich jedesmal sofort nach Betreten des Hochstiftes wieder ertappen ließ. Vielmehr scheint er regelmäßig schon bald nach Vollzug der Strafe zurückgekehrt zu sein, was das lokale Umfeld offenbar solange tolerierte, wie Rolfs sich nicht am Eigentum anderer vergriff.

Aufgrund der hohen Renitenz des Delinquenten sah sich die Kanzlei schließlich gezwungen, für eine Todesstrafe zu plädieren. Jedes der bereits ausgestellten Todesurteile scheiterte jedoch am Veto des Landesherrn. Über die Beweggründe Clemens August von Wittelsbachs kann an dieser Stelle nur spekuliert werden. Hier mag der Wunsch nach Selbstinszenierung als gnädiger Landesvater von großer Bedeutung gewesen sein, zumal Rolfs im Hochstift angesessen gewesen war und sich möglicherweise das soziale Umfeld – Angehöriger, Pfarrer, Vögte, Rentmeister – für den Angeklagten

[44] Bei Diebstahl war lediglich strittig, ob der Art. 160 der *Carolina* beim dritten Diebstahl den dritten begangenen oder lediglich den dritten abgestraften Diebstahl als Voraussetzung für die Todesstrafe ansah. Dieses Problem bestand jedoch bei Rolfs nicht, da er schon mehr als dreimal bestraft worden war.

[45] StAOS, Rep. 100 Abschn. 306 Nr. 32 Bl. 118.

[46] Vgl. dazu im folgenden; außerdem H. SCHNABEL-SCHÜLE, *Die Strafe des Landesverweises in der Frühen Neuzeit*, in A. GESTRICH u.a. (edd), *Ausweisung und Deportation. Formen von Zwangsmigration in der Geschichte* (Stuttgarter Beiträge zur Historischen Migrationsforschung, 2), Wiesbaden 1995, S. 73-82.

eingesetzt hatte[47]. Seine Familie war trotz der Relegation des Vaters im Hochstift verblieben, was daraufhin deutet, daß sie in irgendeiner Form gesellschaftlich integriert war. Die Frage der Angesessenheit im Hochstift dürfte jedenfalls eine wichtige Rolle für die Begnadigung gespielt haben, da mit landfremden Delinquenten in der Regel weniger gnädig verfahren wurde. Allerdings handhabte Clemens August von Wittelsbach die Todesstrafe im Zusammenhang mit Diebstahl generell zurückhaltender als sein Vorgänger Ernst August II. von Braunschweig-Lüneburg. So verzichtete er zum Beispiel regelmäßig auf die normativ eindeutig geforderte Todesstrafe bei Pferdediebstahl, obwohl es sich hier sogar um ein Territorialgesetz handelte, das Ernst August 1720 nochmals bestätigt hatte[48].

Die lebenslängliche Inhaftierung des Delinquenten wurde im hier betrachteten Zeitraum nicht nur als zu teuer betrachtet, sondern sie war technisch auch schwer umsetzbar[49]. Die Osnabrücker Amtsgefängnisse waren nur für eine kurzzeitige Inhaftierung verdächtiger oder in Inquisition befindlicher Personen ausgelegt, deshalb wurden längere Freiheitsstrafen in Osnabrück vor 1768 mit ganz wenigen Ausnahmen nicht verhängt. Erst mit der Eröffnung des Zuchthauses bot sich ab 1768 endlich eine Sanktionsalternative. Für Delinquenten, die lediglich geringe Diebstähle oder solche ohne Ausübung von Gewalt begangen hatten, wurden von da ab regelmäßig Zuchthausstrafen verhängt. Diese Möglichkeit bestand jedoch im Fall Rolfs noch nicht. Da die Todesstrafe für sein Delikt bis zuletzt als unangemessen hoch erschien, blieb den Sanktionsinstanzen im Grunde nichts anderes übrig, als die letzte Strafe bei jedem Rückfall zu wiederholen – in der Hoffnung, daß sich das Problem in absehbarer Zukunft selbst erledigte.

4. *Zusammenfassung*

Sicher ist der hier vorgestellte Fall im Bezug auf das Ausmaß der Diskrepanz zwischen permanenter Strafandrohung und permanentem Sanktionsverzicht nicht die Regel für die frühneuzeitliche Strafpraxis. Dennoch illustriert

[47] Suppliken sind in diesem Fall keine überliefert, was jedoch nicht heißt, daß tatsächlich nicht suppliziert worden ist.

[48] Vgl. die Verordnung wegen Bestrafung der «Pferdedieberey» von 1687, 1720 erneut publiziert; *CCO*, S. 1440-1442 und 1438-1440.

[49] Diese Bewertung änderte sich allerdings in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts. Auch im neugeschaffenen Osnabrücker Zuchthaus wurde der Unterhalt eines Häftlings mit 25 Reichstalern angesetzt und dennoch wurde die Anwendung der Todesstrafe in der Praxis stark eingeschränkt.

er anschaulich, daß die Justiz im 18. Jahrhundert offenbar ein hohes Maß an Ungleichheit zwischen dem Sanktionsverhalten, das die geltenden Rechtsnormen vorgaben und dem, das sie selbst als sinnvoll erachteten, empfand. Die Ungleichheiten zwischen den Interessenlagen der obersten Justizbehörde und den der Landesherren sowie jene zwischen den veränderten sozioökonomischen und geistigen Rahmenbedingungen und dem tradierten Sanktionssystem führten zu einer Sanktionspraxis, die auf den ersten Blick den Eindruck von hoher richterlicher Willkür erweckt. Schließlich waren andere Delinquenten in ähnlich gelagerten Fällen hingerichtet worden[50]. Bei näherer Betrachtung erweist sich diese Praxis jedoch vielmehr als logische Folge der begrenzten Sanktionsalternativen, die der frühneuzeitlichen Justiz zu Verfügung standen. Mit der Einrichtung des Zuchthauses verbesserte sich in Osnabrück die Situation. Folgerichtig schaffte der Landesherr im selben Zug die Strafen des Landesverweises und des Staupenschlags offiziell ab, während die Todesstrafe danach zumindest weit zurückhaltender angewendet wurde[51]. Daß das Zuchthaus in Osnabrück erst derart spät eingerichtet werden konnte, lag an der Blockadepolitik der Stände. In anderen Territorien mit einer stärkeren Machtbasis des Landesoberhaupts wie zum Beispiel im benachbarten Kurhannover (1717) geschah dies weit eher.

Damit erhebt sich die Frage, wie stark die besonderen Rahmendingungen des Hochstifts die Sanktionspolitik beeinflußten und wie weit damit die hier herausgestellten Tendenzen überhaupt Geltung über den konkreten Untersuchungsraum hinaus beanspruchen können. In Osnabrück handelte es sich um ein vergleichsweise schwaches landesherrliches Regiment[52]. Die

[50] Ein wirklicher Vergleichsfall existiert allerdings nicht. Renitenz in Verbindung mit derart geringen Diebstählen ist sonst nicht überliefert. Andere Wiederholungstäter, die von der Kanzlei abgeurteilt werden mußten, hatten in der Regel schwerere Diebstähle begangen. Deshalb wurde hier am Ende auch die Todesstrafe ausgesprochen.

[51] Vgl. *CCO*, S. 1351 f. In Osnabrück wurden vor Eröffnung des Zuchthauses in 23 Prozent aller peinlichen Fälle Todesstrafen verhängt, danach nur noch in 5 Prozent. Vgl. H. RUDOLPH, *Regierungsart*, Kap. D.II.1.

[52] Vgl. hierzu ausführlich C. VAN DEN HEUVEL, *Beamtenschaft und Territorialstaat. Behördenentwicklung und Sozialstruktur der Beamtenschaft im Hochstift Osnabrück 1550-1800* (Osnabrücker Geschichtsquellen und Forschungen, 24), Osnabrück 1984; R. RENGER, *Landesherr und Landstände im Hochstift Osnabrück in der Mitte des 18. Jahrhunderts. Untersuchungen zur Institutionengeschichte des Ständestaates im 17. und 18. Jahrhundert* (Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Geschichte, 19), Göttingen 1968; zur Geschichte des Fürstbistums Osnabrück in der Frühen Neuzeit vgl. allgemein als kurze Überblicke A. SCHINDLING, *Westfälischer Frieden und Altes Reich. Zur reichspolitischen Stellung Osnabrücks in der Frühen Neuzeit*, in «Osnabrücker Mitteilungen», 90, 1985, S.

Landesherrn residierten mit wenigen Ausnahmen außerhalb des Territoriums, wodurch sie die Amtsführung ihrer Beamten nur sehr begrenzt kontrollieren konnten. Die Wahlverfassung sicherte den Ständen einen hohen Einfluß auf die Regierungspolitik, der sich gerade in der wichtigen Frage des Zuchthausbaus negativ auswirkte. Obwohl dieses Projekt schon zu Beginn des 18. Jahrhunderts diskutiert worden war, zog sich seine Umsetzung bis 1768 hin, da die Stadt Osnabrück erbitterten Widerstand leistete. Negativ dürften sich auch die geringen ökonomischen Ressourcen und die schwach entwickelte Bürokratie ausgewirkt haben. Das Hochstift verfügte zudem nicht über eigenes Militär, das im Konfliktfall eine Sanktion hätte durchsetzen können, wenn diese auf Widerstand von Seiten der Untertanen gestoßen wäre. Die Mitwirkung der Untertanen bildete hier die zentrale Voraussetzung dafür, daß das Strafrecht in der Praxis wenigstens partiell durchgesetzt werden konnte.

Es ist somit davon auszugehen, daß die Strafpraxis im Hochstift Osnabrück vielleicht stärker als in Territorien mit einer stärkeren Machtbasis durch das Bemühen um Konfliktvermeidung und Akzeptanz bestimmt wurde. Dennoch stellt der flexible Umgang mit den positiven Rechtsnormen, der hier an einem Beispiel demonstriert wurde, keinen Einzelfall in der Frühen Neuzeit dar. Bestimmte Formen der Todesstrafe sowie eine Vielzahl verstümmelnder Strafen wurden reichsweit im 18. Jahrhundert weit zurückhaltender oder überhaupt nicht mehr angewendet, ohne daß sich die normativen Grundlagen der Sanktionsentscheidung geändert hatten. Der Reformstau im Bereich des Strafrechts läßt sich auch für fast alle anderen Territorien des Alten Reiches konstatieren. Die Diskrepanz zwischen den tradierten Rechtsnormen und den veränderten sozioökonomischen Bedingungen beschränkte sich deshalb nicht auf das hier betrachtete Hochstift Osnabrück. Dieser Zustand änderte sich dann grundlegend, als – in fast allen Territorien erst im 19. Jahrhundert – Strafrecht und Strafprozeßrecht reformiert wurden. Folgerichtig wurde zeitgleich die Forderung nach einer stärkeren Bindung des Richters an das Gesetz erhoben, eine Forderung, die trotz ihrer theoretisch bestätigten Berechtigung in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts vielen Juristen genauso unzeitgemäß erschienen war, wie die Strafgesetze, an die der Richter in diesem Fall gebunden gewesen wäre.

97-120; DERS., *Osnabrück, Nordwestdeutschland und das Heilige Römische Reich zur Zeit Mösers*, in «Möserforum», 1, 1989, S. 211-222; W.-D. MOHRMANN - W. PAPST, *Einführung in die politische Geschichte des Osnabrücker Landes. Darstellung und Quellen*, Osnabrück 1990.

I limiti della giurisdizione penale

Crimini, competenza e territorio nel pensiero giuridico tardo-medievale

di *Paolo Marchetti*

Tra il XIII e il XIV secolo si assiste, in alcune regioni dell'Europa continentale, ad una progressiva occupazione da parte dei poteri pubblici delle dinamiche di quei conflitti che oggi si farebbero rientrare nell'ambito del diritto penale. Ciò non vuol dire che le parti private, implicate nella contesa, perdano un ruolo significativo all'interno delle strategie di conduzione e risoluzione del processo. La loro posizione viene però progressivamente marginalizzata a vantaggio del soggetto pubblico, sempre più attivo sulla scena del processo penale[1].

Il discorso così formulato sconta, è evidente, un discreto grado di generalizzazione che potrebbe essere fuorviante. In effetti, all'interno di quadri territoriali differenti si assiste in Europa, e questo sino alla fine del XVIII secolo, alla formazione di apparati giudiziari non del tutto omogenei che segnano una propria evoluzione a seconda degli ambiti politici cui fanno riferimento[2]. Ciò non toglie però che, anche se in tempi diversi e con diverse modalità[3], la giustizia penale sia uno di quei settori della vita delle comunità civili che conosce un più rapido processo di pubblicizzazione.

La diacronicità di questo percorso rende indubbiamente più difficile lo sviluppo di un discorso di carattere generale, capace cioè di abbracciare, nei modi e nei tempi del suo svolgimento, vaste realtà territoriali.

[1] Su questo punto cfr. M. SBRICCOLI, *«Vidi communiter observari». L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXVII, 1998, pp. 231-268.

[2] Come efficacemente tratteggiato in X. ROUSSEAUX, *Genèse de l'État et justice pénale (XIIIe-XVIIIe siècle). Contribution pour une histoire de la justice*, in *De la Res publica a los Estados Modernos*, Journées Internationales d'Histoire du Droit, Bilbao 1992, pp. 237-259.

[3] X. ROUSSEAUX, *Initiative particulière et poursuite d'office: l'action pénale en Europe (XIIe-XVIIIe siècles)*, in «Bulletin of the International Association for the History of Crime and Criminal Justice», 18, 1993, pp. 58-92.

In realtà il problema che intendo affrontare, in questa sede, ha una portata più limitata rispetto a quella implicata da queste brevi considerazioni introduttive. Ciò che vorrei tentare di dimostrare è piuttosto il fatto che questo processo di pubblicizzazione della giustizia penale produce, sia sul piano della riflessione teorica che su quello più concreto della prassi, due fenomeni assolutamente correlati tra loro. Da una parte, infatti, esso conduce ad attribuire un peso sempre maggiore alle norme penali degli ordinamenti politici particolari, e questo perché sono norme più idonee a tradurre concretamente l'interesse della *civitas* in un comando o in un divieto. Dall'altro spinge la dottrina giuridica ad interessarsi con maggior attenzione al tema dei limiti territoriali di ciascuna giurisdizione penale, in particolare nel caso in cui si tratti di giurisdizioni appartenenti a differenti comunità politiche. È infatti nel momento in cui si inizia a profilare con maggiore chiarezza la nozione di competenza territoriale che comincia ad imporsi la necessità di individuare nel suolo delle linee capaci di separare ambiti differenti di giurisdizione[4].

Quello che mi sembra interessante sottolineare è però il fatto che questi processi si producono senza intaccare il quadro di valori di riferimento o la coerenza del *sistema iuris* sul quale i giuristi modulano le loro osservazioni[5]. Sino alla fine dell'epoca che convenzionalmente viene definita medioevo (le fonti dottrinali che privilegerò nella mia analisi si collocano, con qualche approssimazione, tra la fine del XIV e la metà del XVI secolo) le soluzioni che i giuristi registrano o promuovono non alterano, nella sostanza, l'architettura di un complesso ordinamento politico, giuridico e territoriale che nei secoli dell'età di mezzo era stato pazientemente edificato.

Certo, profonde modificazioni coinvolgono di volta in volta vasti ambiti della vita pubblica, dell'organizzazione politica o giuridica dei territori europei. Ed il diritto penale è un nervo sensibile alle trasformazioni che chiamano in causa la ridefinizione degli assetti di potere. Ma «pubblicizzazione» delle

[4] P. GUICHONNET - C. RAFFESTIN, *Géographie des frontières*, Paris 1974, p. 13.

[5] Il giurista, in generale – sostiene Mario Sbriccoli, riferendosi in particolare ai giuristi che operano nei comuni dell'Italia centro-settentrionale – usa la sua scienza per costruire categorie e strumenti che il potere politico utilizzerà per rafforzarsi. Ma il giurista, nella sua opera di costruzione concettuale e normativa non abbandona il suo riferimento al sistema di valori e tecniche che la sua scienza gli propone. Non c'è quindi un totale assoggettamento del giurista al potere politico, il quale può servirsi degli strumenti offertigli, ma non li può commissionare a suo piacere; cfr. M. SBRICCOLI, *Legislation, Justice and Political Power in Italian Cities, 1200-1400*, in A. PADOA-SCHIOPPA (ed), *Legislation and Justice*, Oxford 1997, p. 39.

dinamiche di conduzione dei processi non sta ancora per «statizzazione» del processo; così come una più chiara delimitazione degli ambiti di efficacia delle norme penali, cioè una più precisa individuazione dei *limites* che demarcano i confini tra complessi ordinamentali o tra giurisdizioni, pur avvenendo in funzione della difesa di interessi pubblici, non è ancora il segno della pretesa sovranità[6] di un determinato ordinamento politico su di un territorio definito nei suoi contorni.

In linea di massima, saranno queste le coordinate lungo le quali svilupperò il mio intervento. E sin d'ora posso anticipare che i limiti di cui parlerò devono essere intesi come limiti, concreti o ideali che siano, interni alla giurisdizione penale. Meglio ancora, saranno proprio questi limiti, queste zone di confine, che interesseranno il mio discorso. Confini tra ordinamenti, tra giurisdizioni, tra territori abbandoneranno nella mia analisi il ruolo di luoghi liminari, di margine, per divenire, al contrario, l'oggetto principale della mia attenzione.

So che gli scenari che si agitano dietro queste considerazioni, rese in forma molta sintetica, sono enormi. Allo stesso modo sono certo che le poche, anche se alle volte significative, fonti dottrinali citate e le poche situazione assunte come *exempla* di un discorso sicuramente più complesso non sono sufficienti per dare atto, in forma esauriente, di un dibattito dottrinale che dovrebbe assurgere a specchio fedele di un'epoca che per comodità e con molta approssimazione ho definito nel titolo di questa comunicazione tardo medioevo. Questi però sono altri limiti, sono i limiti del mio intervento, che mi è sembrato giusto segnalare, ma sui quali non mi soffermerò troppo a lungo.

Ho fatto riferimento poco fa, incidentalmente, al tema dei confini dei territori. Su questo punto specifico vorrei aprire una breve parentesi utile, spero, ad una più chiara comprensione del mio discorso.

Nel corso di questo secolo storici, geografi e giuristi si sono interrogati sull'esistenza di veri e propri confini lineari delle comunità politiche nel

[6] Sulle linee generali della nozione di sovranità e sulla sua origine si possono vedere: F. CALASSO, *Origine della formula «Rex in regno suo est imperator»*, in «Rivista di storia del diritto italiano», III, 1930, pp. 215-259, ora in «Annali di storia del diritto», IX, 1965, pp. 113-168; dello stesso autore, *I glossatori e la teoria della sovranità. Studio di diritto comune pubblico*, Milano 1957[3]; B. DE JOUVENEL, *La sovranità*, trad. it., Milano 1971; E. CORTESE, *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medievale*, Roma 1966; dello stesso autore, *Sovranità (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, Milano 1990, pp. 205-223; L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, Roma - Bari 1997.

corso del medioevo, anche di quello più tardo[7]. Il risultato delle loro indagini ha portato spesso a risposte differenti. Alcuni autori hanno infatti insistito sull'incapacità tecnica e concettuale di rappresentazione, da parte dell'uomo medievale, di un vasto confine lineare[8]. Altri, sulla base di tracce documentali, anche se parziali, hanno contestato questo assunto cercando di individuare, per lo meno a partire dai primi secoli del secondo millennio, un processo di più esatta demarcazione dei territori[9].

Il problema, che costituisce l'oggetto di una mia più ampia ricerca, non si presta in effetti a risposte così nette. Ciò che va chiarito è il fatto che la retrodatazione della nozione di confine politico «universale», inteso cioè come ambito della sovranità statale, è una nozione relativamente recente, inapplicabile a tutto il medioevo e direi anche oltre.

La delimitazione dello spazio in un territorio politicamente pertinente avverrà solo nel momento in cui la configurazione ed i confini di questo territorio diverranno essi stessi, al contempo, il principio strutturante di una comunità politica e lo strumento discriminante per controllare una popolazione, imporle un'autorità, determinarne ed influenzarne i comportamenti. Il principio di territorialità che si affermerà in forme crescenti nei secoli successivi presuppone che, contrariamente a quanto per tutto il medioevo era avvenuto, il potere politico si eserciti non attraverso il controllo degli uomini o dei gruppi, ma attraverso la mediazione del suolo[10].

[7] Tra gli autori che si sono interessati del tema possono essere segnalati: L. FEBVRE, *Frontière*, in «Bullettin du Centre International de Synthèse», Appendice a «Revue de Synthèse Historique», XLV, 1928, pp. 31-44, poi ripubblicato con il titolo *Frontière: le mot et la notion*, in L. FEBVRE, *Pour une histoire à part entière*, Paris 1962, pp. 11-24; P. DE LAPRADELLE, *La Frontière. Étude de Droit international*, Paris 1938, in particolare pp. 28 ss.; J. ANCEL, *Géographie des frontières*, Paris 1938, in particolare pp. 66 ss.; J.F. LEMARIGNIER, *Recherches sur l'homage en marche et les frontières féodales*, Lille 1945; P. BONENFANT, *À propos des limites médiévales*, in *Hommage à Lucien Febvre. Éventail de l'histoire vivante*, 2, Paris 1953, pp. 73-79; B. GUENÉE, *Les limites de la France*, in M. FRANÇOIS (ed), *La France et les Français*, Paris 1972, pp. 50-69; poi ripubblicato con il titolo *Les limites de la France. Le souvenir de Verdun, IXe-XIIe siècle*, in B. GUENÉE, *Politique et histoire au Moyen Age. Recueil d'articles sur l'histoire politique et l'historiographie médiévale (1956-1981)*, Paris 1981, pp. 73-92; e dello stesso autore, *Des limites féodales aux frontières politiques*, in P. NORA (ed), *Les Lieux de mémoire*, II: *La Nation*, Paris 1986, pp. 11-33; D. NORDMAN, *Frontiere e confini in Francia: evoluzione dei termini e dei concetti*, in C. OSSOLA - C. RAFFESTIN - M. RICCIARDI (edd), *La frontiera da Stato a nazione. Il caso Piemonte*, Roma 1987, pp. 39-55.

[8] Sul punto cfr. J. ANCEL, *Géographie des frontières*, cit., p. 51.

[9] Come sostiene, per ciò che riguarda la Francia, Bernard Guenée.

[10] B. BADIE, *La fine dei territori. Saggio sul disordine internazionale e sull'utilità sociale del rispetto*, trad. it., Trieste 1996, p. 13.

In linea generale si può sostenere che la struttura feudale (che ancora nel XV secolo caratterizzava buona parte della realtà politica europea) era, nella sua essenza, dissociata dal principio di territorialità. L'autorità politica era fondata su diritti che vincolavano gli individui indipendentemente dall'appartenenza a un territorio. Anche se non può essere escluso che persino in questo contesto la terra assumesse un valore fondamentale. Essa era prima di tutto fonte di benefici e depositaria di diritti, principalmente in tema di ordine pubblico, giustizia e tasse. Ma proprio per questa ragione l'idea di territorio in epoca medievale si differenziava dal moderno principio di territorialità. In quanto proprietario il signore disponeva di un territorio su cui esercitare diritti di natura politica economica e sociale. In quanto vassallo, però, si inseriva in una precisa gerarchia di comando che faceva perdere alla sua *potestas* sul territorio il carattere dell'esclusività, privandolo di ogni monopolio politico.

È vero, e il fatto non può essere trascurato, che alle soglie dell'epoca moderna le formazioni politiche presenti nella scena europea assumono dal punto di vista dell'organizzazione politico-territoriale fisionomie assai differenti[11]. A partire dalla metà del XIII secolo, si avvia in Europa un processo di progressiva dissoluzione dell'idea di *imperium universale* che era stata elaborata nei secoli precedenti. Una crisi che porta ad abbandonare, da una parte, il riconoscimento di una potestà politica suprema e, dall'altra, quella visione unitaria della società umana, dei suoi destini e del suo ordinamento spirituale e temporale su cui si era basata la società del medioevo cristiano. Ma questo percorso avviene all'interno di un quadro di valori di riferimento difficilmente sostituibili. Sino a quando le varie formazioni politiche europee non tentarono di circoscrivere lo spazio della loro sovranità in ambiti territoriali tendenzialmente chiusi ed accentrati (indipendenti dall'autorità del papa e dell'imperatore, ma anche da quella di ogni altro vicino) l'ordinamento spaziale cui far riferimento rimarrà quello elaborato nei secoli precedenti.

Le comunità politiche 'minori', come le città, hanno sempre avuto un diverso rapporto con lo spazio. In primo luogo per le dimensioni, se non visibili, almeno controllabili del proprio ambito territoriale; in secondo luogo perché gli atti di fortificazione o recinzione in funzione di difesa

[11] Sul punto si rinvia a Ch. TILLY, *L'oro e la spada. Capitale guerre e potere nella formazione degli stati europei, 990-1990*, trad. it., Firenze 1991, pp. 33 ss.; dello stesso autore, *The Long Run of European State Formation*, in W. BLOCKMANS - J.P. GENET (edd), *Visions sur le développement des États européens. Théories et historiographies de l'État moderne*, Roma 1993, pp. 137-150.

rappresentano un gesto d'appropriazione nei confronti del suolo non sperimentabile negli aggregati politici più ampi. Si è sostenuto, da parte di numerosi storici, che furono proprio le città (in modo particolare quelle dell'Italia centro-settentrionale), tra il XIII e il XIV secolo, a ricostituire un solido legame con il proprio territorio[12].

[12] L'obiettivo cui queste formazioni politiche tesero, scrive Giorgio Chittolini fu «quello della eliminazione di forme mediate e indirette di governo, con la creazione di un sistema di distretti minori, presidiati da cittadini nella veste di ufficiali ..., con l'estensione a tutto il territorio del diritto e della legge della città ..., dei suoi ordinamenti fiscali e giurisdizionali»; G. CHITTOLINI, *Organizzazione territoriale e distretti urbani nell'Italia del tardo Medioevo*, in G. CHITTOLINI - D. WILLOWEIT (edd), *L'organizzazione del territorio in Italia e Germania: secoli XIII-XIV* (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Quaderni, 37), Bologna 1994, p. 14. Le città italiane, più ancora di quelle tedesche o francesi (in cui il processo di territorializzazione avvenne per iniziativa principesca o almeno sotto la sua diretta tutela) iniziarono a organizzare il loro spazio interno, ma anche quello del contado, partendo da una definizione e limitazione dei propri ambiti di competenza. La comparsa di *Libri terminorum* in città come Bologna o Perugia segnala, ad esempio, il bisogno per le autorità comunali di intraprendere una politica di segnalazione e confinamento dello spazio urbano per affermare (o recuperare) la funzione pubblica di alcuni luoghi (strade, piazze, mercati ecc.). Sulle linee «interne» di confine cfr. M. VALLERANI, *Il «liber terminationum» del comune di Perugia*, in «Mélanges de L'École Française de Rome. Moyen Age - Temps modernes», 99, 1987, pp. 649-699; J. HEERS, *Espace publics, espaces privés dans la ville. Le «liber terminorum» de Bologne (1294)*, Paris 1984, in particolare pp. 119-129. Un recupero che è meno frutto del richiamo ad un'antichità di cui si vorrebbe ripristinare l'eredità che non il risultato di trasformazioni politico sociali. Ad una città multicellulare dominata da gruppi sociali che pretendono di perseverare il loro isolamento e la loro indipendenza, si sovrappongono solidarietà più larghe e complesse; agli spazi urbani appartenenti ai privati si affiancano, in misura crescente, spazi pubblici aperti a tutti. A questa attività di organizzazione dello spazio cittadino fa poi riscontro, nel medesimo periodo, un processo di delimitazione del contado in forma convenzionale o violenta. «Fra XII e XIII secolo – scrive Gian Maria Varanini – sono certo abbastanza numerosi gli accordi intercittadini, mediati dai rettori della Lega lombarda o da altri designati, che risolvono più o meno definitivamente questioni territoriali annose, aperte da decenni o da secoli: fra Bergamo e Brescia, fra Verona e Mantova, fra Padova e Treviso, fra Bologna e Modena, fra Milano e Como, e così via. Non di rado, si procede ad apporre materialmente, sul terreno, dei *termini* di confine. Ma altrettanto e forse più frequente è che continuino a parlare le armi, e che restino aperte, ancora per lungo tempo, contese e contrasti»; G.M. VARANINI, *L'organizzazione del distretto cittadino nell'Italia padana dei secoli XIII-XIV [Marca Trevigiana, Lombardia, Emilia]*, in G. CHITTOLINI - D. WILLOWEIT (edd), *L'organizzazione del territorio in Italia e Germania*, cit., p. 140. Così alla fine del Ducento città come Padova e Treviso potevano orgogliosamente inserire persino nel proprio sigillo i loro *certi fines*. Con un senso della storia molto superficiale, ma con una mentalità non priva di arguzia giuridica, i comuni s'ingegnavano ad avvalorare tali frontiere con proclami che affermavano: «prefata territoria ad nos pleno iure spectantia possidemus a mille annis citra»; S. BORTOLAMI, *Frontiere politiche e frontiere religiose nell'Italia comunale: il caso delle Venezie*, in J.M. POISSON (ed), *Frontière et peuplement dans le monde méditerranéen au Moyen-Age*, [Castrum 4], Actes du colloque d'Erice-Trapani, 18-25 septembre 1988, Rome - Madrid 1992, p. 224.

La concezione del suolo che si sviluppa, anche in un contesto come quello comunale, non si lega però ancora ad una nozione di territorio inteso come strumento di controllo sugli individui e sui gruppi tale da configurare l'idea dell'esclusività del potere politico (ossia di un potere che ha ormai inaridito tutte le altre fonti di autorità). Gli stessi statuti comunali non rappresentano che un intervento limitato ad alcuni ambiti della vita civile (ne rimane fuori, ad esempio, quasi tutto il diritto privato il quale resta pur sempre una delle manifestazioni più significative delle concrete dinamiche sociali che si articolano su di un territorio)[13]. Anche in questo caso la demarcazione lineare di uno spazio di confine non rappresenta che l'indicazione parziale di un ambito di autorità (prelievo fiscale, giustizia, ecc.) che lascia però sopravvivere sottotraccia tutta un'articolazione di rapporti e regole che sfuggono completamente alla pretesa regolativa dell'autorità politica.

Fino a che questa dinamica sarà lasciata in vita le linee di confine non rappresenteranno compiutamente il limite della sovranità di una formazione statale. Per tutto il medioevo, in Europa, saranno ancora i territori a definire molte delle regole della convivenza che su di esso possono essere applicate. I loro confini saranno così disegnati spesso dalla consuetudine e dai comportamenti umani, che ne sono il presupposto, piuttosto che da un'autorità politica sovrana.

Nell'ambito della riflessione giuridica tardo medievale il tema dei confini[14] trova comunque un suo sviluppo correndo quasi parallelamente a quello della *iurisdictio*. Scriveva qualche tempo fa Jesús Vallejo, a proposito del rapporto tra giurisdizione e territorio, che nelle opere giuridiche da lui consultate (l'arco temporale si spinge sino alla metà del XIV secolo) la questione dei confini territoriali è assolutamente marginale e risolta nel tema più ampio dei conflitti di giurisdizione[15]. Le considerazioni di Vallejo possono con una certa facilità essere fatte valere ben oltre l'arco temporale da lui analizzato. Ancora al passaggio tra XV e XVI secolo il tema dei confini dei territori e dei confini della *iurisdictio* (considerata nella sua multiforme e plastica rappresentazione: *merum imperium, mixtum imperium, simplex iuris-*

[13] P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Milano 1995, pp. 231 ss.

[14] Sul piano degli studi storico-giuridici si è di recente manifestato un certo interesse al tema dei confini. A tal proposito possono essere visti i contributi presenti nei volumi: M. LAFOURCADE (ed), *La frontière des origines à nous jours*, Actes des journées de la Société internationale d'Histoire du droit, Bordeaux 1998; M. BAUER - T. RAHN (edd), *Die Grenze. Begriff und Inszenierung*, Berlin 1997.

[15] J. VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada. Conception de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid 1992, p. 138.

dictio, solo per indicare le partizioni fondamentali) si sovrappongono nelle opere dei giuristi i quali spesso nell'ambito dello stesso discorso mutano il soggetto delle loro argomentazioni (giurisdizione e territorio) come fossero, in tema di confini, nozioni assolutamente interscambiabili. Il fatto in sé non può stupire se si considera che la formula *iurisdictio cohaeret territorio* era una formula ampiamente circolante tra i *doctores* del diritto comune. Nonostante Bartolo avesse sollevato qualche dubbio sulla portata dell'affermazione, il principio, in sé, non era stato messo decisamente in discussione[16]. Da questo punto di vista, quindi, accordare il discorso dei *fines territorii* con quello dei limiti della *iurisdictio* sembra un discorso perfettamente in linea con l'idea che i giuristi del tardo medioevo potevano avere del confine di una comunità politica. *Finis* e *iurisdictio* sono cioè due termini che trovano il loro punto d'incontro proprio nel fatto di essere in un certo modo connessi ad un territorio. Certo, la parola *iurisdictio* in epoca medievale – come ha dimostrato Pietro Costa – è una parola dotata di una complessità non indifferente; non sovrapponibile alla moderna nozione di giurisdizione (che traduce nient'altro che una delle funzioni del potere politico, ossia quella giusdicente). Piuttosto il termine *iurisdictio* rappresenta il complesso dei poteri pubblici astrattamente esercitabili i quali trovano la loro sede naturale nella figura dell'imperatore e che, attraverso una serie di concatenazioni successive, si distribuiscono in maniera disomogenea su tutto il territorio. È vero che già con Baldo il termine comincia ad assumere una valenza diversa, più legata in maniera specifica alla *potestas condendi legem*; ed è altrettanto vero che altre gerarchie, le quali pretendevano una propria legittimità *de iure* o *de facto*, si erano presentate sulla scena politica europea[17]. Detto ciò non può essere trascurato però il fatto che ancora a cavallo tra XV e XVI secolo non è del tutto sfumata l'idea che, anche

[16] Più che di dubbi si trattava, in realtà, di precisazioni sulla reale portata della formula. Pietro Vaccari in alcuni suoi studi – P. VACCARI, *La territorialità come base dell'ordinamento giuridico del contado nell'Italia medievale*, Pavia 1919-1921, poi ripubblicato nel 1953; dello stesso autore, *«Utrum jurisdictio cohaereat territorio». La dottrina di Bartolo*, in *Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI centenario*, Milano 1962, II, pp. 735-753 – giungeva alla conclusione che «la concezione medioevale della territorialità non rappresenta più ... un fatto giuridico particolare ma rientra nel quadro generale dell'attribuzione di poteri giurisdizionali agli enti territoriali che hanno un'autonomia di governo interno» (*ibidem*, p. 752). Una lettura meno «schematica» delle fonti analizzate da Vaccari ha portato a mettere in dubbio la fondatezza di alcune sue osservazioni. In particolare sul punto si vedano le concludenti riflessioni di D. QUAGLIONI, *Giurisdizione e territorio in una «quaestio» di Bartolo da Sassoferrato*, in corso di stampa.

[17] P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1443)*, Milano 1969, *passim*.

in assenza di un'autorità universale capace di vantare un proprio primato sul piano politico, il rapporto tra comunità si debba svolgere sulla base di regole che traggono la propria linfa da una nozione, per quanto sbiadita, di *communitas universalis*.

La mancanza di identità tra la nozione moderna di confine politico e quella di *finis publicus* medievale non porta comunque ad escludere l'esistenza anche in quest'epoca di confini diversi da quelli privati. Anzi mano a mano che il diritto si «deterritorializza», perde cioè ogni aggancio con la fonte consuetudinaria per divenire strumento di governo da parte del potere politico, l'esigenza di marcare i confini delle comunità dotate di una qualche forma di *iurisdictio* sembra farsi sempre più stringente.

In questo contesto è del tutto evidente come le forme di pubblicizzazione della giustizia penale rappresentino una forte spinta verso la demarcazione territoriale degli ambiti del suo dispiegamento. Le dinamiche extraprocessuali e sostanzialmente «privatistiche» di composizione dei conflitti prescindono infatti, il più delle volte, dalla definizione di un criterio rigido di competenza poiché, quand'anche un organo estraneo alle parti in causa venisse chiamato a svolgere un ruolo attivo nella lite, la forma del suo intervento sarebbe legata ad accordi e pattuizioni intervenuti tra i soggetti della contesa. Indipendentemente da quello che con espressione impropria, ma per il momento utile, si potrebbe definire il diritto interno di ogni comunità politica, la spinta alla pubblicizzazione degli apparati di giustizia impone di formulare delle regole attraverso le quali venga chiarita la competenza, anche da un punto di vista territoriale, di ciascun organo giurisdizionale.

Il tema della competenza *in iudicando* è un tema estremamente complesso. La società tardo-medievale (ma il discorso non avrà un suo epilogo se non nel XIX secolo) è una società in cui la molteplicità delle giurisdizioni (civile, ecclesiastica, corporativa, ecc.), la molteplicità degli *status* individuali che davano diritto ad essere giudicati da giurisdizioni particolari e la molteplicità dei corpi normativi in base ai quali giudicare creavano una intricatissima combinazioni di casi difficili da disegnare nei loro esatti contorni. Mariano Sozzini, ad esempio, in pieno XV secolo, nel tentativo di definire in maniera adeguata le condizioni in base alle quali doveva essere individuata la competenza di un organo giurisdizionale, enunciava più di cento situazioni (spesso concorrenti ed in alcuni tratti sovrapponibili) che potevano essere considerate presupposto della competenza *in iudicando*[18]. Ma per la men-

[18] MARIANO SOZZINI, *Tractatus de foro competenti*, in *Super Decretales tractatus*, Lugduni 1547, foll. 73r-134v. L'autore, sebbene lavori prevalentemente su fonti canonistiche, cerca di

talità medievale questa situazione di apparente disordine non rappresenta un elemento di paralisi del sistema, quanto piuttosto la condizione del suo funzionamento.

Prima di tornare al tema della competenza di giudizio ed ai suoi rapporti con i confini dei territori vorrei soffermarmi brevemente sull'analisi di un altro confine, quello cioè che, in materia penale, separa gli ordinamenti giuridici in funzione del territorio.

Nel commento alla legge *Cunctos Populos* del *Codex*, Bartolo da Sassoferrato ragiona a lungo sul rapporto esistente tra norma statutaria, norma di diritto comune e territorio di una determinata comunità politica[19]. Tralasciando ogni considerazione relativa ad altre situazioni che non interessano il mio intervento mi limiterò esclusivamente all'analisi del discorso che Bartolo sviluppa in ambito penale.

Discutendo sulla possibilità che una norma penale statutaria possa estendere i suoi effetti oltre il proprio territorio Bartolo articola una complessa serie di considerazioni[20].

In primo luogo sgombera il campo da una situazione estrema, ossia quella in cui la norma penale statutaria non sia collegabile ad un soggetto né *ratione originis*, né *ratione territorii*. In questo caso sembra ovvio che la norma penale particolare non possa trovare applicazione. Un'eccezione a tale regola sembra essere quella di città confederate o che abbiano stipulato tra loro un accordo in questo senso. Ma il principio generale è quello che uno statuto «non potest disponere extra territorium suum et in personis

rendere nel suo *Tractatus* un quadro generale del problema della competenza *in iudicando*. I principi enunciati ed i casi analizzati si estendono infatti a settori della vita civile che oltrepassano lo stretto ambito del diritto della chiesa. D'altra parte, come sostiene Ennio Cortese, dalla seconda metà del XIV secolo in poi «l'osmosi tra i due ordinamenti [civile e canonico] non appare più fermata da steccati, le *rationes* provenienti dai due sistemi s'incontrano liberamente per fondersi in un'unica logica giuridica e per formare senza intoppi un codice unitario di argomentazioni. Dei motivi di contrasto e di divisione tra le due dottrine non restano che labili tracce ... le due scienze progrediscono ormai appaiate. Le premesse dell'*utrumque ius*, insomma, mostrano di essersi realizzate non solo sul piano normativo ma altresì – ed è forse ancora più importante – su quello dottrinale»; E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, II: *Il basso Medioevo*, Roma 1995, p. 390.

[19] Sul punto si rinvia al lavoro di W. ONCLIN, *La doctrine de Bartole sur le conflits de lois et son influence en Belgique*, in *Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI centenario*, cit., II, pp. 372-398.

[20] BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In primam Codicis partem commentaria*, Venetiis 1581, l. *Cunctos Populos*, tit. «De Summa Trinitate», nn. 44 ss.

sibi non subditis»[21]. Un caso particolare può essere considerato però quello in cui sia possibile l'esercizio concreto della forza.

«Pone – scrive Bartolo – quod exercitus huius civitatis stat super territorio alterius, unus forensis occidit ibi alium forensem, utrum poterit puniri a potestate huius civitatis? Videtur quod non, etiam si expresse statutum sit cautum».

Anche se, aggiunge Bartolo,

«contrarium observatur de consuetudine. Probatur sic, territorium dicitur a terrendo ... sed donec exercitus huius civitatis ibi terret et coercet illum locum, merito delictum ibi commissum potest puniri a potestate tanquam commissum in eius territorio, ita dicebat Mar. et Ia. But»[22].

Altri argomenti affrontati da Bartolo sono quelli del tipo di pena da infliggere e del rito processuale da applicare. La questione, sostiene Bartolo, è stata da tempo affrontata dai giuristi. Per Odofredo (le cui conclusioni vengono fatte proprie da Alberto da Gandino) il suddito che ha commesso un delitto in un altro paese non può essere perseguito *per inquisitionem*, né può essere punito *secundum formam statuti*, ma solo *de iure communi*. Cino da Pistoia, al contrario, (l'*opinio* di Cino viene riportata da Bartolo «multa inutilia reiciendo») si discosta da questa tradizione segnalando nel suo ragionamento un elemento di novità. Per quanto concerne la forma processuale anche Cino parte dall'assunto dato per generalmente accolto che «de iure communi potest delinquens puniri in loco domicilii vel originis de delicto alibi commisso»[23]. Ciò premesso bisogna stabilire se si deve procedere *per viam accusationis,* secondo il diritto comune, o *per viam inquisitionis de iure municipali*. In linea di principio si dovrebbe procedere solo secondo il rito accusatorio, essendo l'*inquisitio* destinata *ad vindictam publicam*. Poiché l'*iniuria* è arrecata al solo luogo dove il delitto è stato commesso il rito inquisitorio dovrebbe essere quindi escluso. Ma vi sono altre ragioni che militano a favore dell'applicazione di tale procedura. È infatti interesse pubblico quello di avere buoni sudditi. Ed è in base a questo interesse che un criminale può essere punito per un fatto commesso fuori del suo paese sia *per viam accusationis*, sia *per viam inquisitionis*.

Anche sulla seconda questione, quella cioè relativa alla possibilità di punire il suddito che abbia commesso un delitto fuori dal proprio territorio secondo la norma statutaria piuttosto che secondo il diritto comune, Bartolo non si

[21] *Ibidem*, n. 44.

[22] *Ibidem*, n. 45.

[23] Le opinioni di Odefredo, Alberto da Gandino e Cino da Pistoia sono riportate da Bartolo nel commento alla l. *Cunctos Populos*, n. 47.

esime dal riportare l'*opinio* del suo maestro. Cino da Pistoia, dice Bartolo, risolve il problema facendo riferimento alla figura di reato. Se lo statuto non prevede un nuovo tipo di reato, ma si limita ad «addere novam qualitatem» esso potrà trovare applicazione anche nel caso di un suddito che commetta un delitto al di fuori del suo territorio. Nel caso contrario l'effetto estensivo non sarà possibile. L'errore dei canonisti (per i quali la norma penale particolare non può estendere in ogni caso la sua efficacia oltre il proprio territorio) sta per Cino nel non aver essi considerato la situazione nell'ambito di questa precisa prospettiva[24].

Tirando le fila di questo discorso Bartolo però giunge ad una conclusione che si discosta da quella dei giuristi da lui citati. Il suo ragionamento fa perno infatti esclusivamente sulla previsione statutaria. Se nello statuto esistono norme che esplicitamente, sia sul piano processuale che su quello sostanziale, prevedono la possibilità di estendere la portata della norma particolare anche ai delitti commessi dal suddito fuori del proprio territorio, allora le norme penali particolari troveranno applicazioni (secondo l'opinione di Cino da Pistoia); altrimenti si dovrà fare riferimento al solo diritto comune (secondo l'opinione di Odofredo e di Alberto da Gandino)[25].

I confini tra ordinamenti, in materia penale, non sono gli unici confini ad interessare i giuristi. Anche quelli tracciati sul territorio suscitano qualche riflessione. Certo, bisogna attendere il passaggio tra il XV ed il XVI secolo per vedere affrontata in forma sistematica la materia dei confini politici, o sarebbe meglio dire «pubblici» usando una terminologia più consona all'epoca. I due autori che trattano di questi confini con maggiore coerenza ed organicità sono Paride del Pozzo[26] (che concentra la sua attenzione sui confini dei feudi) e Girolamo del Monte[27] (che si impegna in un'analisi

[24] *Ibidem*, n. 47 *in fine*.

[25] *Ibidem*, n. 48.

[26] Paride Del Pozzo, *Tractatus insignis De reintegratione feudorum, De finibus et modo decidendi questiones confinium territoriarum, De verborum significatione in materia reintegrationi et in Andree de Isernia scriptis breve compendium una cum Praxis reintegrationis* (*De finibus et modo decidendi questiones confinium territoriarum* foll. 161v-178r), Neapoli 1544.

[27] Il libro di Girolamo del Monte fu pubblicato in numerose edizioni (i passi citati sono tratti da Girolamo del Monte, *Tractatus de finibus regendis*, Venetiis, apud Iordanum Ziletum, 1574). L'opera fu inserita anche nei *Tractatus Universi Iuris* (t. III, p. II, foll. 333v-359v, Venetiis 1584) con il titolo *Tractatus de finibus regundis*.

di respiro più ampio). Le due opere[28] raccolgono però il senso di alcune considerazioni già sviluppate nei secoli precedenti[29].

Molte delle questioni sulle quali il tema dei confini si incrocia con quello della giurisdizione penale fanno riferimento al tema della competenza *in iudicando*. L'ipotesi di un delitto commesso in una zona di confine in cui l'appartenenza della giurisdizione sia contesa o non perfettamente determinata non appare del tutto improbabile. Spesso, scrive Paride del Pozzo, spetta ad alberi o pietre il compito di definire un *limes*. Ma, per ciò che riguarda *castra* e *civitates*, non sempre i confini sono così stretti e definiti. Alle volte sono fiumi, laghi, strade o monti a separare lo spazio appartenente a ciascuna comunità[30]. Ed è proprio in queste situazioni che si pongono problemi relativi alla competenza *in iudicando* per i delitti commessi al confine tra due territori[31]. Ora, non sfugge certamente ai giuristi il fatto che anche per questi elementi del paesaggio terrestre sia in qualche modo possibile tracciare un'ideale linea di demarcazione capace di definire territorialmente gli ambiti di competenza di ciascuna giurisdizione[32]. Ma le soluzioni date al problema della competenza a giudicare del crimine commesso al confine si mostrano più complesse di quanto a prima vista può sembrare.

Di un certo interesse appare, ad esempio, il tema del crimine commesso lungo una strada pubblica che segna il confine *inter duas communitates*. La via pubblica, infatti, non può essere divisa quanto all'uso poiché questa divisione la renderebbe sostanzialmente inutilizzabile. Per tale ragione le strade che si trovano in questa condizione vengono definite *promiscuae iurisdictionis*. In tema di giurisdizione dovrebbe quindi essere il criterio della *praeventio*, ossia dell'anteriore citazione del reo, a stabilire la com-

[28] Anche Andrea Alciato si interessò di confini, ma in una prospettiva prevalentemente privatistica. Lo fece in occasione del dibattito pubblico che sostenne per ottenere una cattedra all'università di Bourges. Il testo della lezione è riportato in Andrea Alciato, *Commentarii de Summa Trinitate, Sacrosant. Eccl., Edendo, In ius vocando, Pactis, Transactionibus. His accesit eiusdem De quinque pedum praescriptione*, Lugduni, apud Sebastianum Griphyum, 1541 (*De quinque pedum praescriptione* coll. 443-476).

[29] Eviterò, in questa sede, di risalire all'origine delle opinioni e delle formule citate nel testo. Mi riservo di ritornare sul punto in un prossimo e più approfondito lavoro. La loro ampia diffusione e circolazione sino all'inizio dell'epoca moderna ne testimonia, comunque, la indubbia vitalità.

[30] Paride del Pozzo, *De verborum significatione*, cit., «Limes».

[31] Paride del Pozzo, *De finibus*, cit., cap. «Pone quod est quaestio».

[32] Girolamo del Monte, *Tractatus de finibus*, cit., cap. XV, n. 6.

petenza dell'organo giudicante[33]. Ma tale criterio appare pieno di insidie nel momento in cui lo si voglia applicare a magistrature appartenenti a differenti comunità politiche. I giuristi che trattano di confini, quelli cioè del medioevo più tardo, mutuano comunque l'applicazione della regola della *praeventio* da una situazione analoga, cioè quella della pari competenza del giudice del *locus commissi delicti* e del *locus originis* del reo. Ma già in questo caso la tendenza ad evitare la duplicazione del giudizio e della condanna doveva fare i conti con più di una limitazione[34]. Sembra così più opportuno ad alcuni autori dirimere la questione del delitto commesso al confine, anche nel caso in cui si tratti di un confine marittimo[35], affidando la causa ad entrambi i giudici[36], poiché ambedue le comunità appaiono offese dal reato[37]. La giustificazione teorica appare in realtà alquanto debole, ma la prassi, nota Mariano Sozzini, dopo aver sostenuto che un unico reato non può che meritare un unico giudizio ed un'unica pena, è quella di duplicare i processi[38].

Interesse della *civitas*, definizione delle sue prerogative e del territorio all'interno del quale esercitarle sono, anche in questo caso, i temi al centro della riflessione dei giuristi. Ma un'osservazione non può essere tralasciata. Persino gli autori che trattano della materia dei confini con una certa coerenza d'analisi ed in epoca più tarda (cioè a cavallo tra medioevo ed età moderna) non cessano di considerare i confini dei territori come confini parziali, come linee, cioè, capaci di circoscrivere l'ambito di singole funzioni. Anche se, più queste funzioni si pubblicizzano (lo stesso discorso fatto per la giustizia penale potrebbe forse essere svolto per ciò che riguarda le finanze e l'organizzazione militare), più si manifesta l'esigenza di individuare linee di demarcazione precise che sappiano segnare sul territorio l'ambito di

[33] PARIDE DEL POZZO, *De finibus*, cit., cap. «Pone quod est quaestio», n. 3; GIROLAMO DEL MONTE, *Tractatus de finibus*, cit., cap. XXV, nn. 6 ss.

[34] BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In secundam Digesti novi partem*, Venetiis 1585, l. *Sepulchri violati*, tit. «De sepulchro violato»; ANGELO GAMBIGLIONI, *De maleficiis Tractatus* (pubblicato in questa edizione assieme ai trattati di Alberto da Gandino e Bonifacio de Vitalini), Venetiis 1584, «Iudex commisit quod Caius», nn. 14-15, pp. 189v-190r.

[35] BARTOLOMEO CIPOLLA, *Tractatus de servitutibus rusticorum praediorum*, cap. XXV, n. 20, in *Varii Tractatus*, Venetiis, apud Haeredes Ioannis Mariae Bonelli, 1581, pp. 75r-151v.

[36] Sul punto cfr. M. BOTTIN, *Frontières et limites maritimes au XVIe siècle*, in M. LAFOURCADE (ed), *La Frontière des origines à nous jours*, cit., p. 32.

[37] La posizione dottrinale è riportata in GIROLAMO DEL MONTE, *Tractatus de finibus*, cit., cap. XXV, n. 9.

[38] MARIANO SOZZINI, *Tractatus de foro competenti*, cit., «Postulati», n. 7.

una competenza che tende a divenire sempre più esclusiva. Così Baldo degli Ubaldi riferendosi alla prova dell'esercizio del *merum imperium* (all'interno del quale si colloca buona parte della giustizia penale) definisce una sorta di semiologia della giurisdizione capace di stabilire dei rinvii precisi tra un segno significante e l'esercizio di un certo tipo di potere. «Hoc modo – scrive Baldo – furcae significant dominium aeris: quia suspensi pendent in aere et ista est magna significatio meri imperii». E lo stesso può dirsi «in igne, ut quando quis comburitur propter maleficium; in aqua, ut quando quis ponitur in culeo et in aquam seu in flumen proiicitur; in terra ut cum quis in terra prosternitur et decapitatur»[39].

Quello che non cambia però, si potrebbe dire a conclusione di questo intervento, è il quadro generale di riferimento dogmatico cui tutti i giuristi fanno riferimento. Il peso crescente dell'interesse pubblico nell'ambito della giustizia penale, la formalizzazione di regole atte a definire con maggiore precisione gli ambiti d'efficacia di ciascun complesso normativo e i limiti spaziali di ciascuna giurisdizione in funzione degli interessi di ogni comunità politica non scardinano la convinzione che territori e ordinamenti giuridici siano irriducibili al moderno principio di unità «un territorio, un ordinamento giuridico sovrano». E da questo punto di vista non può stupire il fatto che Pier Filippo della Corgna, nella seconda metà del XV secolo, nel chiudere un suo *consilium* reso in occasione di una controversia su una contestazione di confine concluda le sue riflessioni osservando: «non inconvenit nec est iuri contrarium quod in uno loco unus querat iurisdictionem unius speciei et alius iurisdictionem alterius speciei»[40].

[39] Nella raccolta a stampa dei *Consilia* di Baldo (Venetiis 1580) si trovano tre consigli pressoché identici nel contenuto. Stessi sono i soggetti della contesa, stesse le considerazioni sviluppate, stesse le conclusioni (si tratta del *consilium* 420 del primo volume, del *consilium* 468 del terzo volume, del *consilium* 445 del quinto volume). La citazione presente nel testo è tratta da BALDO DEGLI UBALDI, *Consiliorum sive responsorum volumen primum*, I, Venetiis, Apud Dominicum Nicolinum & Socios, 1580, cons. 420, n. 2.

[40] PIER FILIPPO DELLA CORGNA, *Consiliorum primum volumen*, Venetiis 1535, cons. 333, n. 11.

Kriminalität und Praxis der Strafjustiz im geistlichen Territorialstaat des Alten Reiches

Sexuelle Delinquenz und Justiznutzung im frühneuzeitlichen Kurmainz

von *Karl Härter*

1. *Einleitende Bemerkungen*

Im folgenden Beitrag soll weniger die sozialgeschichtliche Seite der Kriminalität als vielmehr die «juristische» bzw. «policeyliche» Praxis der Strafgerichtsbarkeit im «ersten» geistlichen katholischen Territorialstaat des Alten Reiches – Kurmainz[1] – thematisiert werden. Ausgehend von der Entscheidungstätigkeit der Kurmainzer Landesregierung, die als einziges höchstes Strafgericht für alle schweren «peinlichen» sowie eine Vielzahl leichter Verbrechen zuständig war, lassen sich wesentliche Zusammenhänge zwischen Delinquenz, Normen und Strukturen territorialstaatlicher Strafjustiz aufzeigen. Die Analyse wird dabei exemplarisch auf den Bereich der sexuellen Delinquenz bzw. die «Sexualdelikte» konzentriert, die sowohl in den Normen als auch in der Strafpraxis des Mainzer Kurstaates eine wichtige Rolle spielten. Gerade anhand der Verfolgung sexueller Devianz können typische Strukturen und Probleme der Strafjustiz bzw. Kriminalität eines geistlichen Reichsstandes wie die Kompetenzabgrenzung zur geistlichen Gerichtsbarkeit, der Einfluß der Policeygesetzgebung, aber auch Kommunikations- und Handlungsmöglichkeiten der Delinquenten und Untertanen herausgearbeitet werden. Dabei werden als theoretische Modelle zugrunde gelegt:

[1] G. CHRIST - G. MAY, *Erzstift und Erzbistum Mainz, territoriale und kirchliche Strukturen*, in F. JÜRGENSMEIER (ed), *Handbuch der Mainzer Kirchengeschichte*, Bd. 6/2, Würzburg 1997; K. HÄRTER, *Kurmainz*, in K. HÄRTER - M. STOLLEIS (edd), *Repertorium der Policeyordnungen der Frühen Neuzeit*, Bd. 1: K. HÄRTER (ed), *Deutsches Reich und geistliche Kurfürsten (Kurmainz, Kurtrier, Kurköln)*, Frankfurt a.M. 1996, S. 107-421. Vergleichbare Studien zu katholischen Territorien liegen noch kaum vor; vgl. aber für Bayern: W. BEHRINGER, *Mörder, Diebe, Ehebrecher. Verbrechen und Strafen in Kurbayern vom 16. bis 18. Jahrhundert*, in R. VAN DÜLMEN (ed), *Verbrechen, Strafen und soziale Kontrolle* (Studien zur historischen Kulturforschung, 3), Frankfurt a.M. 1990, S. 85-132.

– der *labeling approach*, mit dem sich die Etikettierung devianter Verhaltensweisen bzw. strafbarer Delikte in den Straf- und Policeygesetzen und die Zuschreibungsprozesse in der Entscheidungspraxis beschreiben lassen. Insofern wird hier – wie überwiegend in der historischen Kriminalitätsforschung – ein normativer Begriff von Kriminalität bzw. deviantem Verhalten verwendet[2];

– die formelle (staatliche) Sozialkontrolle, definiert als «organized responses to crime, delinquency, and allied forms of deviant and/or socially problematic behaviour which are actually conceived of as such, whether in the reactive sense ... or in the proactive sense»[3]. Im Bereich formeller Sozialkontrolle – dies sei einschränkend betont – stellt auch die frühneuzeitliche Strafjustiz einen speziellen punitiven Kontrollstil dar, der keineswegs alle Formen und Möglichkeiten sozialer Kontrolle (z.B. über Familien, Nachbarschaften, Kirche, Zünfte usw.) umfassen oder beschreiben soll. Über das vieldiskutierte Modell der frühneuzeitlichen Sozialdisziplinierung[4] hinaus bezieht formelle Sozialkontrolle hier aber auch informelle, horizontale Formen – und damit Phänomene der Justiznutzung[5] – als konstitutiv mit ein;

– schließlich verwende ich idealtypische Entwicklungsmodelle wie die Verstaatlichung und «Verpoliceylichung» der Strafjustiz, die eng mit der Ausdifferenzierung und Konsolidierung des frühmodernen Territorialstaats und der Etablierung eines staatlichen Gewaltmonopols gekoppelt

[2] Zu Etikettierungstheorien in der historischen Kriminalitätsforschung: G. SCHWERHOFF, *Aktenkundig und gerichtsnotorisch. Einführung in die Historische Kriminalitätsforschung*, Tübingen 1999, S. 77 ff.

[3] S. COHEN, *Visions of Social Control. Crime, Punishment, and Classification*, Cambridge 1985, 1993⁵, S. 2; vgl. zur Anwendung des Modells auf Policey und Strafjustiz des frühneuzeitlichen Territorialstaats: K. HÄRTER, *Social Control and the Enforcement of Police-Ordinances in Early Modern Criminal Procedure*, in H. SCHILLING (ed), *Institutionen, Instrumente und Akteure Sozialer Kontrolle und Disziplinierung im frühneuzeitlichen Europa / Institutions, Instruments, and Agents of Social Control and Discipline in Early Modern Europe*, Frankfurt a.M. 1999, S. 39-63.

[4] Vgl. zur fruchtbaren italienisch-deutschen Debatte: P. PRODI (ed), *Disciplina dell'anima, disciplina del corpo e disciplina della società tra medioevo ed età moderna* (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Quaderni, 40), Bologna 1994.

[5] Zur Justiznutzung: M. DINGES, *Frühneuzeitliche Justiz. Justizphantasien als Justiznutzung am Beispiel von Klagen bei der Pariser Polizei im 18. Jahrhundert*, in H. MOHNHAUPT - D. SIMON (edd), *Vorträge zur Justizforschung. Geschichte und Theorie*, Bd. 1, Frankfurt a.M. 1992, S. 269-292; zusammenfassend: G. SCHWERHOFF, *Einführung*, S. 89 f.

sind[6]. Der Wandel von einer stärker genossenschaftlich-kommunalen Gerichtsbarkeit zum staatlichen Strafen hat auch in Kurmainz das Erscheinungsbild der 'Kriminalität' entscheidend geprägt. Staatliches Strafen war seit dem 17. Jahrhundert weit weniger durch das 'blutige' Strafrecht der *Carolina* oder das theokratische Strafmodell, sondern durch Strafzwecke und Intentionen bestimmt, die aus der frühneuzeitlichen Policey (-Gesetzgebung) resultierten. Diese Ordnungsgesetzgebung zielte nicht nur allgemein auf die gute Ordnung des Gemeinwesens, sondern auch auf eine Reglementierung und Disziplinierung des Sozialverhaltens, indem sie deviantes ('kriminelles') Verhalten normativ festschrieb. Es versteht sich, daß diese Modelle keine 'totalen' Entwicklungsprozesse beschreiben sollen, die gleichsam die historische Realität vollständig erfassen. Weder konnten die Verstaatlichung der Strafjustiz noch die Durchsetzung des staatlichen Gewaltmonopols im frühneuzeitlichen Territorialstaat vollständig realisiert werden, und auch der Mainzer Kurstaat blieb auf die Mitwirkung genossenschaftlicher Organe angewiesen[7].

2. *Kriminalität: die Regierung als Strafgericht*

Wie eingangs erwähnt, war der Kurmainzer Hofrat (der im 18. Jahrhundert Regierung bzw. Landesregierung genannt wurde) als Strafgericht für eine Vielzahl von Delikten zuständig, die er in der Regel in einem inquisitorischen Verfahren sanktionierte, das als «dualer Inquisitionsprozeß» beschrieben werden kann: Die Lokalbeamten (Amtmann, Amtskeller usw.) führten die Untersuchung durch (Festnahme, Verhör, Folter) und sandten die Akten (Verhörprotokolle) an die Regierung zur Entscheidung ein. Ein Mitglied der Regierung (in der Regel ein juristisch ausgebildeter Hofrat) fertigte dann eine Relation an, in der der Sachverhalt dargestellt, rechtlich erörtert, Verteidigungs- und Milderungsgründe angeführt und schließlich in einem Votum Urteil und Strafe vorgeschlagen wurden. Die Regierung beriet diesen Urteilsvorschlag, nahm gegebenenfalls Änderungen vor, stimmte ab und

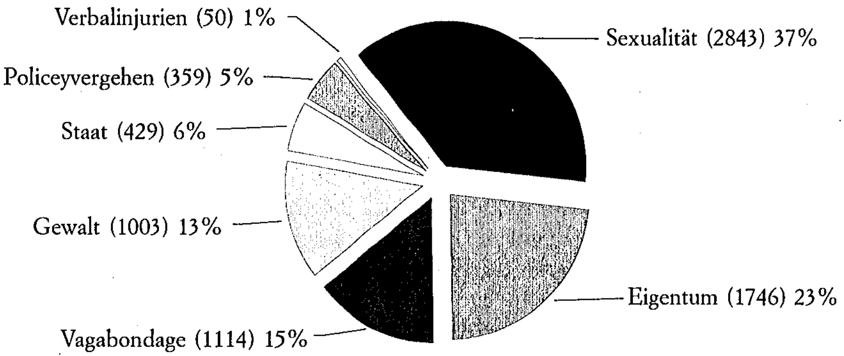
[6] Ohne die abundante Literatur ausbreiten zu wollen sei lediglich verwiesen auf: V. REINHARD, *Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart*, München 1999.

[7] Zu Kurmainz vgl. K. HÄRTER, *Regionale Strukturen und Entwicklungslinien frühneuzeitlicher Strafjustiz in einem geistlichen Territorium: die Kurmainzer Cent Starkenburg*, in «Archiv für Hessische Geschichte und Altertumskunde», 54, 1996, S. 111-163; allgemein zur Begrenztheit der Reformen im Bereich der Strafjustiz: K. HÄRTER, *Kontinuität und Reform der Strafjustiz zwischen Reichsverfassung und Rheinbund*, in H. DUCHHARDT - A. KUNZ (edd), *Reich oder Nation? Mitteleuropa 1780-1815*, Mainz 1998, S. 219-278.

legte das Ergebnis dem Kurfürsten zur Bestätigung vor[8]. Insgesamt sind über 3.000 Kriminalrelationen der Jahre 1710 bis 1802 sowie rund 300 Fälle für das 16. und 17. Jahrhundert (meist nur 'schwere' Verbrechen und Hexenprozesse) sowie zahlreiche Policeyakten zur sexuellen Delinquenz überliefert, wobei die Kriminalrelationen zu Unzuchtsdelikten meist mehrere Fälle (bis zu 20) enthalten, so daß die Zahl der Fälle die der Relationen erheblich übersteigt. Der Bestand weist allerdings überlieferungsbedingte Ungleichgewichtigkeiten auf: Die meisten 'leichteren' Fälle aus der Stadt Mainz (darunter die Mehrzahl der 'Unzuchtsdelikte') sind aufgrund der Besetzung und Abtretung der linksrheinischen Gebiete nach 1792 bzw. 1797 nicht mehr vorhanden, und durch Aktenablieferung nach der Säkularisation und Aktenvernichtung im 19. Jahrhundert wurden ungefähr 50% der Relationen vernichtet[9].

Aus den überlieferten Kriminalakten ergibt sich das folgende Bild der von der Landesregierung im 18. Jahrhundert bestraften Delikte bzw. der Kurmainzer Delinquenz:

Graphik 1: *Deliktbereiche 1700-1802*



[8] Diese Form des Inquisitionsprozesses hatte bereits im 16. Jahrhundert das akkusatorische Verfahren abgelöst; war doch gerade in den geistlichen Territorien das kanonische bzw. römischrechtliche Strafverfahren aus Italien früh und intensiv rezipiert worden. Vgl. zum frühneuzeitlichen Strafverfahren: K. HÄRTER, *Strafverfahren im frühneuzeitlichen Territorialstaat: Inquisition, Entscheidungsfindung, Supplikation*, in A. BLAUERT - G. SCHWERHOFF (edd), *Delinquenz, Justiz und soziale Kontrolle 1300-1800. Beiträge der historischen Kriminalitätsforschung zu einer Sozial- und Kulturgeschichte der Vormoderne*, Konstanz 2000, S. 465- 486.

[9] Bayerisches Staatsarchiv Würzburg, Mainzer Regierungsarchiv (künftig BStA Würzburg, MRA), Kriminalakten (künftig KA), 1-3192, Centakten (künftig Cent) 2-281, sowie Policeyakten (künftig MPA); weiterhin die Bestände im Stadtarchiv Mainz, 4/21 und 4/22.

Bei der Bildung der Deliktbereiche wurde nicht nur die Strafpraxis berücksichtigt, sondern auch das in Kurmainz geltende Strafrecht (die *Carolina* sowie die zahlreichen Policeygesetze) zugrundegelegt. Unter den jeweiligen Bereichen sind im einzelnen die folgenden Delikte subsumiert, wobei pro Fall maximal drei verschiedene Deliktbereiche zugeordnet wurden (also eine maximale Delinquenz von drei Delikten multipliziert mit der Anzahl der Delinquenten möglich ist) und innerhalb eines Deliktbereichs mehrere zusammengehörige Delikte nur einfach gezählt sind[10]:

– Sexualität: Unzucht (Prävention, Fornikation, Schwangerschaftsverheimlichung), Konkubinat, Eheschließung, Bigamie, Ehebruch, Kuppelei/Prostitution, Exhibitionismus, Verlassen/Entführung, Inzest, Sodomie, Vergewaltigung, Kindesmißbrauch, Abtreibung, Kindesaussetzung, Kindsmord;

– Eigentum: Betrug, Fälschung, Münzdelikte, Unterschlagung/Fundunterschlagung, Hehlerei, Erpressung, Diebstahl, Raub, (Wilderei);

– Gewalt: Schlägerei, Körperverletzung, Brandstiftung, Totschlag/Mord;

– Vagabondage;

– Staat (Straftaten gegen Amtsträger/staatliche Organe sowie im Rahmen der Justiz und im Amt): Amtsdelikt, Desertion, Militärexzesse, Werbung, Ausbruch/Fluchthilfe, Falschanschuldigung, Insubordination, Majestätsbeleidigung, Meineid;

– Policeyvergehen: Gotteslästerung/Lebenswandel, Aberglaube, Schatzgraben, Aufwand/Festkultur, Frevel/Sachbeschädigung, Glücksspiel, Warenqualität, Quacksalberei, Wucher;

– Verbalinjurien.

Auffällig ist zunächst das Übergewicht der Deliktbereiche, die leichte Vergehen beinhalten und vorwiegend durch Policeyrecht geregelt waren, wobei für Kurmainz als katholisches geistliches Territorium die Dominanz der Sexualdelikte besonders typisch ist. Der Umfang der Strafgerichtsbarkeit

[10] Die ermittelte Delinquenz bezieht sich folglich nur auf die Deliktbereiche und nicht auf die einzelnen Delikte: Haben z.B. eine Frau und ein Mann in einem Fall einen Ehebruch und einen Diebstahl begangen, wurden sowohl bei den Eigentums- als auch den Sexualdelikten je zwei Delinquenten gezählt; haben sie dagegen in einem Fall einen Ehebruch und ein Inzestdelikt begangen, wurden unter Sexualität nur zwei Delinquenten gezählt. Zur – immer problematischen – Quantifizierung der Delikte vgl. G. SCHWERHOFF, *Einführung*, S. 46 ff.; zur Ermittlung der Delinquenz und den methodischen Verfahren: H.R. SCHMIDT, *Dorf und Religion. Reformierte Sittenzucht in Berner Landgemeinden der Frühen Neuzeit*, Stuttgart u.a. 1995, S. 61 ff.

der Landesregierung war folglich keineswegs nur auf schwere, peinlich zu strafende Verbrechen beschränkt, sondern umfaßte eine Vielzahl leichter (Policey-)Vergehen, die mit arbiträren außerordentlichen Strafen (*poena arbitraria*) wie Geldbußen, Turmhaft, Landesverweisung, Ehrenstrafen, Prügelstrafen, Zuchthaus und Festungsbau (Schanze) sanktioniert wurden. Darin spiegelt sich deutlich der Einfluß von 'Policey' bzw. der von der Regierung erlassenen Policeynormen wider, die insofern direkt von der normsetzenden Institution gerichtlich durchgesetzt wurden. Allerdings bildet die obige Auswertung keineswegs alle im Kurstaat durch Justiz und Verwaltung bestraften Delikte ab. Nicht enthalten sind vor allem:

– Wilderei/Jagdfrevel, die in einem besonderen Verfahren, in der Regel von der Landesregierung, teilweise aber auch von lokalen Instanzen entschieden wurden und die in separaten Beständen überliefert sind[11];

– nahezu alle Delikte im Bereich des Militärs wie Desertion, Werbung, Übergriffe von Soldaten auf die Bevölkerung und sonstige vom Militärpersonal begangene Verbrechen, die in der Regel von der Militärgerichtsbarkeit abgeurteilt wurden[12];

– leichte Vergehen im Bereich von Forst und Flur – sogenannte Forst- und Flurfrevel wie z.B. Holzdiebstahl – sowie die Verbalinjurien und viele leichtere Gewaltdelikte (Schlägereien ohne blutige Verletzungen), die überwiegend von den lokalen Niedergerichten bestraft wurden[13]. Bei letzteren handelte es sich um genossenschaftlich organisierte Frevel- und Rügegerichte, Stadtgerichte und die Gerichtsbarkeit der Lokalverwaltung, deren Strafkompetenzen generell durch Strafart und Strafmaß (Geldbußen bis zu 10 Gulden und/oder kurze bürgerliche Haftstrafen im Turm) begrenzt oder in den jeweiligen Policeynormen spezifisch für einzelne Delikte festgelegt waren;

– weiterhin sanktionierten Regierung und lokale Verwaltungsorgane viele Policey- und «Wirtschaftsdelikte» (z.B. Verstöße gegen Aufwandsordnungen oder im Bereich der Festkultur, «Salzfrevel», Zolldefraudationen usw.) auf dem Weg eines summarisch-inquisitorischen Policeystrafverfahrens,

[11] Die Amtsvergehen: BStA Würzburg, MRA KA 3043-3192; zu den Wildfreveln vgl. nur die sieben umfangreichen Bände für das Vizedomamt Aschaffenburg (1581-1810): BStA Würzburg, MRA, Forst, 513.

[12] Vgl. die Akten/Fälle in: BStA Würzburg, MRA, Militär, 271, 318, 324.

[13] Zur kaum schätzbaren Zahl der im 18. Jahrhundert niedergerichtlich bestraften «Frevel» bzw. Delikte: BStA Würzburg, MRA, Forst, 15-32 (18 Bde.), 45, 267, 309-315 (8 Bde.).

bei dem keine schriftliche Relation angefertigt und die Entscheidung quasi auf dem «Verwaltungsweg» getroffen wurde[14].

Insgesamt kann davon ausgegangen werden, daß die Zahl der von anderen Gerichten bzw. in anderen Verfahren bestraften Delikte noch über den aus den Kriminalrelationen ermittelten Werten liegt. Insofern zeigt auch das Kurmainzer Beispiel die Schwierigkeit, die gesamte durch 'staatliche' (Justiz-)Organe bzw. Gerichte sanktionierte Devianz umfassend zu ermitteln, ganz zu schweigen von den Vergehen (die sogenannten *delicta mixta*), die auch in die Zuständigkeit der geistlichen Gerichtsbarkeit fielen. Weiterhin muß berücksichtigt werden, daß sich die Zuständigkeiten und Sanktionskompetenzen einzelner Institutionen gerade in der Frühen Neuzeit erheblich veränderten und damit bestimmte Delikte in der «Kriminalitätsstatistik» auftauchen und wieder verschwinden, was folglich nicht linear als nachlassende Normdurchsetzung oder Entkriminalisierung (bzw. Kriminalisierung) bestimmter devianter Verhaltensweisen gedeutet werden kann[15].

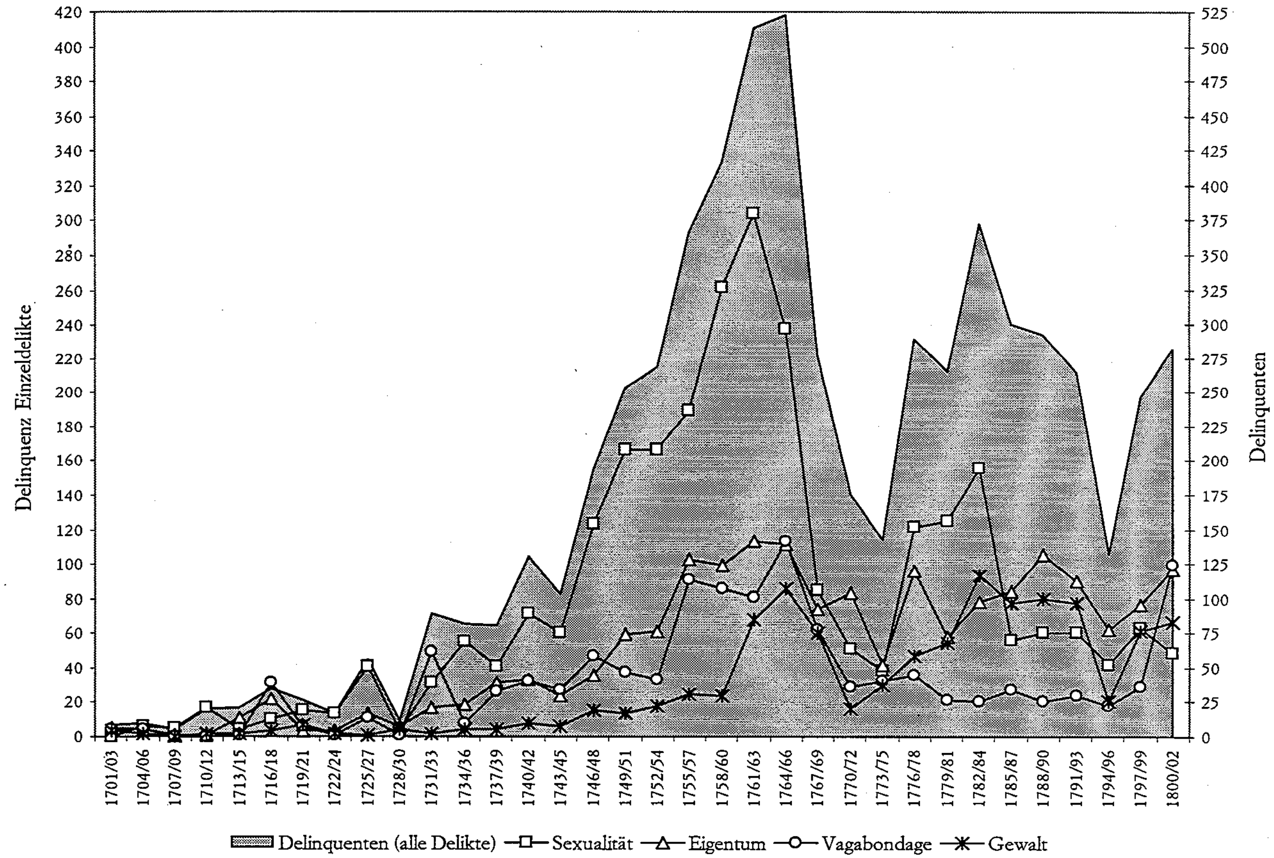
Dies kann anhand der Entwicklung der Kurmainzer Kriminalitätsrate – und zwar insbesondere für die Sexualdelikte – gezeigt werden (siehe Graphik 2).

Im zeitlichen Verlauf ergeben sich signifikante Veränderungen, und zwar hinsichtlich des Steigens und Fallens der Kriminalitäts- bzw. Verfolgungsrate als auch bezüglich der Delikte, wobei der Verlauf der Kurve stark durch die Sexualdelikte, aber auch durch Faktoren des Justizsystems bedingt ist: Die geringe Anzahl der Fälle bis 1740 ist vorwiegend auf die Überlieferungssituation zurückzuführen, da ältere, als unwichtig erachtete Kriminalakten bzw. Relationen bereits im 18. Jahrhundert vernichtet wurden. Eine systematische schriftliche Anfertigung und Archivierung der Relationen setzte zudem erst nach der Neuordnung des Geschäftsgangs des Hofrats unter Kurfürst Philipp Karl von Eltz (1732-1743) ein. Weiterhin bewirkte die Etablierung 'professioneller' kommunaler und paramilitärischer Policeyorgane insbesondere bezüglich der Deliktbereiche Vagabondage/Eigentum eine Intensivierung der Verfolgung. Allerdings wurden gerade die Sexualdelikte

[14] Vgl. exemplarisch zur Kurmainzer Festkultur: K. HÄRTER, *Fastnachtslustbarkeiten, Hochzeitsfeiern, Musikantenhalten und Kirchweih: Policey und Festkultur im frühneuzeitlichen Kurmainz*, in «Mainzer Zeitschrift, Mittelrheinisches Jahrbuch für Archäologie, Kunst und Geschichte», 92-93, 1997-1998 [1999], S. 57-87.

[15] G. SCHWERHOFF, *Einführung*, S. 116, hat kritisch darauf hingewiesen, daß die quantitative Verteilung der Deliktgruppen entscheidend davon abhängt, welche Gerichte die jeweilige Statistik «produzierten».

Graphik 2: *Delinquenten und Deliktbereiche 1701-1802*



der Verwaltung überwiegend durch 'private' Anzeigen, Gerede, Gerüchte, Rügen der Schöffen/Schultheißen oder Selbstanzeigen bekannt[16].

Schließlich wirkte sich auch die 'Krisenzeit' des Siebenjährigen Krieges auf den Anstieg (1755-1766) und nach 1772 bzw. 1792 die Versorgungskrise und die Revolutionskriege (durch die Besetzung der linksrheinischen Gebiete) auf das Sinken der Rate aus. Gerade das Absinken parallel zur Agrar- und Versorgungskrise der 1770er Jahre zeigt, daß für Kurmainz keine lineare Beziehung zwischen ökonomischer Krise und einem Ansteigen der Kriminalität feststellbar ist.[17] Die Versorgungskrise der 1770er Jahre scheint eher zu einem Rückgang der Kriminalität – und zwar auch der Eigentumsdelikte – geführt zu haben; vor allem traf sie mobile Randgruppen elementar und wirkte sich auch auf die Sexualdelikte aus: Offensichtlich gingen Fertilität und sexuelle bzw. Heiratsaktivitäten zurück. Das Absinken der Verfolgungsintensität nach 1770 war aber ebenfalls durch einschneidende Justiz- und Verwaltungsreformen in den Jahren 1772 und 1782 bedingt, bei denen Strafkompetenzen (für leichte Unzuchts- und Gewaltdelikte) von der Regierung auf die Lokalverwaltung verlagert wurden. Insofern spiegelt der Verlauf der Verfolgungs- oder Kriminalitätsrate keineswegs nur die Entwicklung des devianten Sozialverhaltens (bzw. der Kriminalität) wider, sondern war durch eine Vielzahl weiterer Faktoren bedingt. Dies soll im folgend anhand der sexuellen Delinquenz näher beleuchtet werden.

3. *Sexualdelikte und Justiznutzung*

Der Verlauf der Kriminalitäts- bzw. Verfolgungsrate ist vor allem durch den starken Anstieg der Sexualdelikte seit den 1730er Jahren und deren Absinken nach 1770 gekennzeichnet, was sowohl durch soziale als auch justizorganisatorische Faktoren bedingt war. Insgesamt bildeten Ehe und abweichendes Sexualverhalten einen zentralen Schwerpunkt der 'weltlichen' Normgebung und Strafjustiz: Auch in Kurmainz ergänzte der frühmoderne Staat seit dem 16. Jahrhundert die Kirche als Institution der Sexualkon-

[16] Da die Kriminalrelationen und Policeyakten häufig nur ungenaue Angaben darüber enthalten, wie die Lokalbeamten Kenntnis von Delikten erhielten, lassen sich allerdings keine genauen, quantifizierenden Aussagen machen; zur «Selbstanzeige» bei Unzuchtsdelikten mehr unten.

[17] So auch H. SCHNABEL-SCHÜLE, *Überwachen und Strafen im Territorialstaat. Bedingungen und Auswirkungen des Systems strafrechtlicher Sanktionen im frühneuzeitlichen Württemberg*, Köln u.a. 1997, S. 161.

trolle[18] und löste sie langfristig ab, indem er mittels Policeygesetzgebung und Strafrecht abweichendes Sexualverhalten normativ festschrieb und im Rahmen der staatlichen 'höheren' Strafjustiz verfolgte. Allerdings kann für den Kurstaat keineswegs von einer reibungslosen Zusammenarbeit zwischen Staat und Kirche im Rahmen der katholischen Konfessionalisierung ausgegangen werden; unterschiedliche Zielvorstellung und Strafpraktiken führten noch bis in die erste Hälfte des 18. Jahrhunderts zu Auseinandersetzungen und Kompetenzkonflikten.

Die staatliche Reglementierung der Ehe und die Kriminalisierung außerehelicher Sexualität[19] begannen in Kurmainz mit der Übernahme der Reichspoliceyordnungen und der *Carolina*, die noch in der Entscheidungspraxis des 18. Jahrhunderts eine maßgebliche Rolle spielten. Die *Peinliche Halsgerichtsordnung* Karls V. stellte – relativ knapp – die folgenden Delikte unter Strafe:

– Sodomie (unter Gleichgeschlechtlichen oder mit Tieren), die ausschließlich mit dem Tode gestraft werden sollte;

– Notzucht/Vergewaltigung, bei der Todesstrafe, aber auch eine (arbiträre), von den Rechtsverständigen einzuholende Strafe nach Gestalt der Personen und Umstände in Frage kam;

– Inzest, Jungfrauenschwächung und Entführung (auch von Ehefrauen) sowie Ehebruch (Strafen nach den kaiserlichen Rechten und nach dem Rat der Rechtsverständigen);

[18] Zur Debatte über die Sexualzucht im Rahmen der Konfessionalisierung mit sehr unterschiedlicher Bewertung der Rolle von Staat und Kirche: H.R. SCHMIDT, *Sozialdisziplinierung? Ein Plädoyer für das Ende des Etatismus in der Konfessionalisierungsforschung*, in «Historische Zeitschrift», 265, 1997, S. 639-682; H. SCHILLING, *Disziplinierung oder «Selbstregulierung der Untertanen»? Ein Plädoyer für die Doppelperspektive von Makro- und Mikrohistorie bei der Erforschung der frühmodernen Kirchenzucht*, in: «Historische Zeitschrift», 264, 1997, S. 675-691.

[19] Vgl. grundsätzlich P. BECKER, *Leben und Lieben in einem kalten Land. Sexualität im Spannungsfeld von Ökonomie und Demographie. Das Beispiel St. Lambrecht 1600-1850*, Frankfurt a.M. 1990; S. BREIT, *«Leichtfertigkeit» und ländliche Gesellschaft. Voreheliche Sexualität in der frühen Neuzeit*, München 1991; U. GLEIXNER, *«Das Mensch» und «der Kerl». Die Konstruktion von Geschlecht in Unzuchtsverfahren der Frühen Neuzeit (1700-1760)*, Frankfurt a.M. - New York 1994; I.V. HULL, *Sexuality, State, and Civil Society in Germany 1700-1815*, Ithaca - London 1996; U. RUBLACK, *Magd, Metz' oder Mörderin. Frauen vor frühneuzeitlichen Gerichten*, Frankfurt a.M. 1998, sowie die Beiträge in dem Sammelband: O. ULBRICHT (ed), *Von Huren und Rabenmüttern. Weibliche Kriminalität in der Frühen Neuzeit*, Köln u.a. 1995.

– Bigamie («peinlich» zu strafen); Prostitution und Kuppelei, nach den kaiserlichen Rechten, Umständen des Falles und dem Rat der Rechtsverständigen mit Landesverweisung, Pranger, Ohrenabschneiden, Prügel «oder anderm» zu strafen[20].

Ergänzt wurde die *Carolina* durch die Reichspoliceygesetzgebung, die ebenfalls alle sexuellen Aktivitäten außerhalb der Ehe als «abweichend/kriminell» festschrieb (explizit durch das Verbot des «öffentlichen Ehebruchs», «anderer leichtfertiger, unziemliche Beywohnungen», des Konkubinats und der Kuppelei) und mit arbiträren, außerordentlichen Strafen bedrohte[21].

Praktisch jegliche freie Geschlechtsverbindung außerhalb der Ehe wurden damit unter Strafe gestellt und konnte von allen weltlichen Obrigkeiten *ex officio* verfolgt und sanktioniert werden. Kennzeichnend ist weiterhin eine relative Flexibilität hinsichtlich der meist arbiträren außerordentlichen Strafen, die von den Rechtsverständigen – und damit vor allem den gelehrten Räten im Dienst des Landesherren – nach althergebrachten, aber auch neu erlassenen Gesetzen vorgeschlagen bzw. verhängt werden konnten.

Eine darüber hinausgehende besondere Gesetzgebung zu Ehe und Sexualität setzte in Kurmainz erst nach den Beschlüssen des Trienter Konzils ein und stand auch zunächst ganz im Kontext der Durchführung des Tridentinums und der katholischen Konfessionalisierung[22]. Das Trienter Ehedekret wurde allerdings erst 1582 mittels eines besonderen Edikts für den gesamten Kurstaat in Geltung gesetzt, das stark von religiösen Zielsetzungen und der Etablierung des katholischen Heiratsverfahrens nach

[20] G. RADBRUCH (ed), *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina)*, Stuttgart 1975, Art. 116-123.

[21] K. HÄRTER, *Entwicklung und Funktion der Policeygesetzgebung des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation im 16. Jahrhundert*, in «Ius Commune», 20, 1993, S. 61-141, hier S. 100 f. (mit Zitatnachweisen).

[22] J. PFEIFER, *Reform an Haupt und Gliedern. Die Auswirkungen des Trienter Konzils am Mainzer Erzstift bis 1626*, Darmstadt 1997 (zur Durchführung des Tridentinums: S. 234-251); K. AMANN, *Konfessionalisierung und Sozialdisziplinierung in Kurmainz unter den Reichserzkanzlern und Erzbischöfen von Mainz in der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts*, in P.C. HARTMANN (ed), *Kurmainz, das Reichserzkanzleramt und das Reich. Am Ende des Mittelalters und im 16. und 17. Jahrhundert*, Stuttgart 1998, S. 207-221; G. SCHMIDT, *Das Kurerzstift Mainz um 1600: katholische Konfessionalisierung im Spannungsfeld von Erzbischof und Domkapitel*, in «Archiv für mittelrheinische Kirchengeschichte», 45, 1993, S. 115-140.

den Trienter Vorgaben geprägt war. Die Kirchenordnungen von 1615 und 1669 wiederholten dann die Bestimmungen und bekräftigten das Verbot heimlicher Ehen[23]. Die Reglementierung von Ehe und Sexualität blieb folglich bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts durch religiöse Motive und die Zuständigkeit der Kirche – parallel zu den Normgebungs- und Strafkompetenzen des Hofrats – geprägt. Inhaltlich beschäftigten sich auch die weltlichen (Policey-)Gesetze vorwiegend mit der Eheschließung und sanktionierten in diesem Kontext den Ehebruch und inzestuöse Verbindungen.

Insgesamt und in langfristiger Perspektive blieben im Kurstaat die Konfessionalisierungstendenzen gegenüber dem Ausbau der Staatsgewalt sowie der Verstaatlichung und Monopolisierung der Strafkompetenzen allerdings eher sekundär. Dies drückte sich nicht zuletzt darin aus, daß die geistliche Gerichtsbarkeit die Strafkompetenzen für die *delicta mixta* (worunter vor allem Unzuchtsdelikte fielen) an die weltliche Justiz (den Hofrat) während der Regierungszeit Johann Philipps von Schönborn (1647-1673) abgeben mußte, und die Landesregierung Ehe und Sexualität zunehmend mittels Policeynormen reglementierte und strafrechtlich im Rahmen eines Inquisitionsverfahrens verfolgte.

Allerdings wurde die Zuständigkeit der Landesregierung für alle *delicta mixta* während der kurzen Regierungszeit des Kurfürsten Franz Ludwig von Pfalz-Neuburg zwischen 1729 und 1732 kurzfristig auf die geistliche Gerichtsbarkeit zurückverlagert und erst 1733/34 wieder (und diesmal bis zum Ende des Kurstaates) der Landesregierung zugewiesen.

Die Zuständigkeit für Ehesachen (Eheschließung, Dispense, Ehescheidung) verblieb grundsätzlich beim Vikariat[24]. Bis in die 1730er Jahre wurden Unzuchtsdelikte folglich parallel von kirchlichen und weltlichen Organen bestraft, wobei die Strafen (überwiegend Geldbußen) nicht mehrfach verhängt werden konnten, sondern das Gericht zum Zuge kam (und die Geldbußen einnahm), welches das Delikt zuerst 'entdeckt' und sanktioniert hatte. Im 16. und 17. Jahrhundert waren dies überwiegend die Pfarrer

[23] Vgl. die Nachweise in K. HÄRTER - M. STOLLEIS (edd), *Repertorium*, Bd. 1, S. 155 f. (Kurmainz 164, *Kirchenordnung*, 10.7.1615), 158 (Kurmainz 181, *Aufwands- & Kirchenordnung*, 1648) und 167 f. (Kurmainz 262, *Kirchenordnung*, 18.9.1669).

[24] Befehl des Kurfürsten ans das Vikariat, 5.9.1670, in F.J.K. SCHEPPLER, *Codex ecclesiasticus Moguntinus novissimus* ..., Bd. 1/1, Aschaffenburg 1802, S. 183 f. Siehe die Akten zur Auseinandersetzung um die Strafkompetenzen: BStA Würzburg, MRA H 1769 und 1810.

oder das Vikariat, aber auch Regierung und Lokalverwaltung verhängten bereits seit 1602 weltliche Strafen[25].

Folglich existierte im Kurstaat bis 1733 weder eine ausschließliche Zuständigkeit eines Gerichts noch kann von einem einheitlichen «Sexualstrafrecht» gesprochen werden. Letzteres war vielmehr durch ein Nebeneinander unterschiedlicher Rechtsquellen und Normen – Reichsgesetzgebung (*Carolina* und Reichspoliceyordnungen), kanonisches Recht und Kirchenordnungen, landesherrliche (Policey-)Gesetzgebung und Rechtswissenschaft – bestimmt. Allen gemeinsam war, daß die ausschließlich innerhalb der Ehe stattfindende Sexualität als zentraler Bestandteil «guter Ordnung und Policey» definiert wurde. Unter den allgemeinen Leitvorstellungen von Sittlichkeit, guter Ordnung und gemeinem Nutzen avancierte die Ehe – wie in allen Territorien – auch in der Kurmainzer (Policey-)Gesetzgebung zu einem zentralen, schützenswerten Rechtsgut[26]. Allein in ihren legalen Formen sollte noch eine ausschließlich der Fortpflanzung dienende Sexualität stattfinden.

Der Kurstaat etablierte seit der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts über die Policeygesetzgebung zahlreiche Ehehindernisse, die über die kirchlichen Bedingungen bzw. das Inzestverbot hinausgingen und die Eheschließung an ökonomische Voraussetzungen wie Militärdienst, Vermögen, Einkommens- bzw. Nahrungsquellen (Gewerbe oder landwirtschaftlicher Betrieb), die Möglichkeit, einen eigenen Haushalt zu gründen, sowie den Elternkonsens banden[27]. Die restriktive Ehegesetzgebung verschärfte dadurch das Problem sexueller Devianz und wirkte sich im 18. Jahrhundert auf den Anstieg der Unzuchtsdelikte und die Strafpraxis aus.

Die Policeynormen zu Ehe/Sexualität weisen vielfach Bezüge zu anderen Bereichen der Verhaltensregulierung auf – vor allem zu Festkultur und Aufwand, Armenfürsorge und mobilen Randgruppen (deren 'Vermehrung'

[25] Vgl. den Protokollextrakt als Beilage zum Gutachten der Landesregierung, 5./7.1.1733, BStA Würzburg, MRA H 1769. Der Extrakt war nicht vollständig, sondern listete nur etwa 30 Sexualdelikte für die Jahre 1602-1604 und 1644-1648 auf.

[26] I.V. HULL, *Sexuality*, S. 74 ff. und 107 ff.; D. SCHWAB, *Grundlagen und Gestalt der staatlichen Ehegesetzgebung in der Neuzeit bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts*, Bielefeld 1967; C. PFISTER, *Bevölkerungsgeschichte und historische Demographie: 1500-1800*, München 1994, S. 24 ff. und 81 ff.

[27] Auf Einzelnachweise muß hier verzichtet werden; vgl. insgesamt die bei K. HÄRTER - M. STOLLEIS (edd), *Repertorium*, Bd. 1, S. 831 im systematischen Sachregister unter der Gruppe 1.5 nachgewiesenen Gesetze.

möglichst präventiv verhindert werden sollte)[28]. Die Sexualdelikte lassen sich daher kaum ausschließlich einer 'geschlechtlichen' oder 'sittlichen' Perspektive zuordnen, sondern sie waren sowohl in soziale Lebenszusammenhänge als auch in einen breiteren religiösen und politisch-policeylichen Kontext eingebettet und insofern vielfach mit der sozialen Ordnung insgesamt verwoben. Die von der Rechtsgeschichte gelegentlich vorgenommene Trennung zwischen strafrechtlichen Delikten wie z.B. Ehebruch oder Sodomie und den policeylichen Sittlichkeitsdelikten Fornikation/Unzucht wird daher weder der Normgebung noch der Strafpraxis gerecht. Gerade bei den Sexualdelikten zeigen sich die unscharfen Grenzen und das Ineinanderfließen von Policeynormen und Strafrecht besonders deutlich[29]. Die im folgenden systematisch zusammengefaßten Sexualdelikte bildeten daher kein völlig geschlossenes Deliktfeld oder gar eine Art «Sexualstrafrecht»[30].

Allerdings lassen sich sowohl auf der normativen Ebene als auch in der Entscheidungspraxis durchaus systematische Unterscheidungen zwischen schweren und leichten Tatbeständen finden, die sich auf die Strafzumessung auswirkten. Auch die Gewaltdelikte im Bereich der Sexualität – Vergewaltigung/Notzucht, Kindesmißbrauch, Abtreibung, Kindesaussetzung und Kindestötung – wurden in der Policeygesetzgebung im Zusammenhang mit sexueller Devianz behandelt und weisen 'policeyliche' Aspekte und Motive auf.

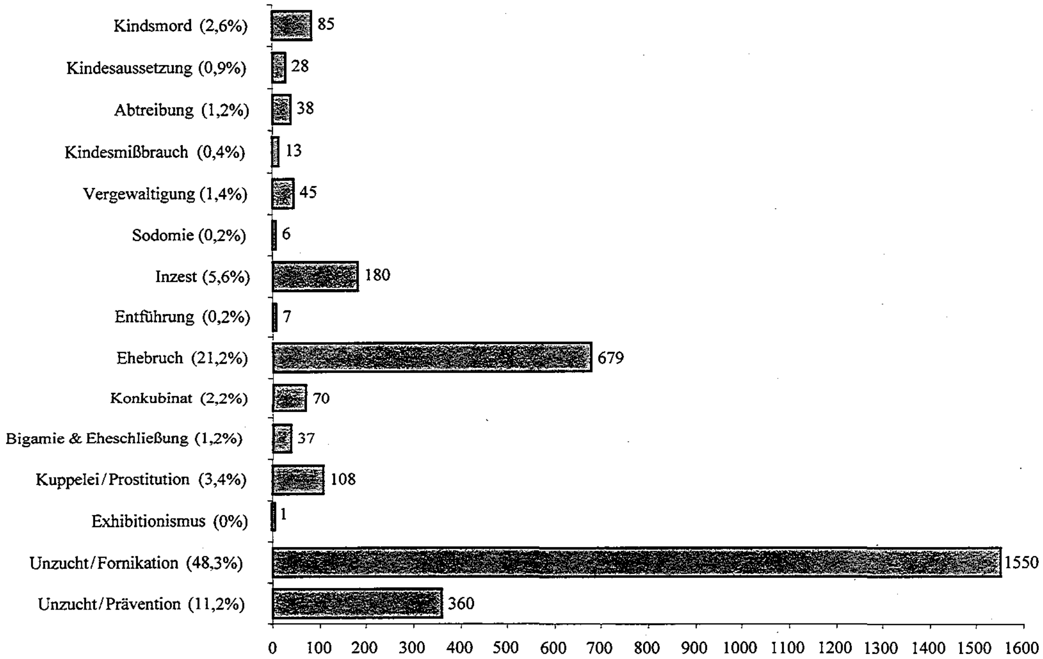
Für Kurmainz können (wie allgemein) systematisch die folgenden Delikte im Bereich von Ehe und Sexualität unterschieden werden, wobei sich hinsichtlich der prozentualen Verteilung der von der Landesregierung im Rahmen eines inquisitorischen Strafverfahrens sanktionierten Sexualdelikte für die Frühe Neuzeit (1500-1802) das folgende Bild ergibt:

[28] Vgl. für Kurmainz: K. HÄRTER, *Fastnachtslustbarkeiten*, S. 69 f.

[29] Vgl. E.C. ELLRICHSHAUSEN, *Die uneheliche Mutterschaft im altösterreichischen Polizeirecht des 16. bis 18. Jahrhunderts dargestellt am Tatbestand der Fornication*, Berlin 1988; E. KOCH, *Maior dignitas est in sexu virili. Das weibliche Geschlecht im Normensystem des 16. Jahrhunderts*, Frankfurt a.M. 1991; B. GÜNTHER, *Sittlichkeitsdelikte in den Policeyordnungen der Reichsstädte Frankfurt am Main und Nürnberg (15.-17. Jahrhundert)*, in K. HÄRTER (ed), *Policey und frühneuzeitliche Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 2000, S. 121-148.

[30] Darauf hat treffend hingewiesen I.V. HULL, *Sexualstrafrecht und geschlechtsspezifische Normen in den deutschen Staaten des 17. und 18. Jahrhunderts*, in: U. GERHARD (ed), *Frauen in der Geschichte des Rechts. Von der frühen Neuzeit bis zur Gegenwart*, München 1997, S. 221-234, hier S. 221-223.

Graphik 3: *Verteilung Sexualdelikte 1500-1802*[31]



[31] In 58 Fällen (mit 104 Delinquenten) waren Sexualdelikte nur «Zweitdelikte»; besonders häufig war die Kombination mit den Deliktbereichen Vagabondage (33), Gewalt (10) und Eigentum (8). In der obigen Graphik wurde die Delinquenz für jedes einzelne Sexualdelikt berechnet; in Fällen, in denen z.B. mehrere unterschiedliche Sexualdelikte vorkamen – besonders häufig waren die Kombinationen Inzest-Ehebruch (29), Ehebruch-Kuppelei/Prostitution (17), Kindsmord-Unzucht (19) und Abtreibung-Unzucht (10) – wurde jedes einzelne Delikt mit der Anzahl der Delinquenten multipliziert.

– Die Unzucht (*fornicatio*) bildete den generellsten und einfachsten 'Tatbestand', der alle möglichen Formen abweichenden Sexualverhaltens meinen konnte; die Unzuchtsdelikte dominieren dann auch klar mit 60% den Bereich der Sexualdelikte. Zwar wurde auch in den Kurmainzer Gesetzen und Kriminalakten der Begriff «Unzucht» häufig in seiner allgemeinsten Bedeutung eines verbotenen Sexualkontaktes verwendet, in der Praxis fiel darunter jedoch der voreheliche Geschlechtsverkehr zweier Unverheirateter[32]. Andere Unzuchtstatbestände kamen nur selten vor, so z.B. ein Fall von Exhibitionismus (der gesondert ausgewiesen ist) und einige Fälle sexueller Kontakte unter Jugendlichen, ohne Geschlechtsverkehr bzw. Schwängerung. In der Regel waren die Unzuchtsfälle mit einer Schwangerschaft (die sogenannte «Imprägnation») verbunden; erfolgte eine Eheschließung, wurden Schwängerung und Geschlechtsverkehr (die in diesem Fall nur vorehelich waren) als «Prävention» oder «Antizipation» gewertet (und etwas leichter bestraft). Heirateten *impraegnata* und *impraegnator* nicht, dann galt das Unzuchtsdelikt als einfache Fornikation (und die Delinquenten wurden als «Zuhälterin/Hure» bzw. «Zuhälter» bezeichnet). Kam es zu mehreren nichtehelichen Schwangerschaften, lag wiederholte Fornikation vor, wobei die Grenzen zu den Delikten Prostitution und Konkubinat fließend waren. In der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts wurde der Fornikationstatbestand – aus dem policeylich-präventiven Motiv der Verhinderung von Kindestötungen heraus – um die Schwangerschaftsverheimlichung erweitert. Die Strafen für Unzuchtsdelikte betrugen in der Regel ein bis drei Tage Turm für die Männer und ein bis drei Tage Hausarrest für die Frauen, die nur dann Turmstrafen erhielten, wenn sie nicht mehr schwanger waren bzw. das Kind nicht mehr säugten. Anstelle einer Turmhaft oder des Hausarrests konnte meist auch fakultativ eine Geldbuße von ein bis drei Gulden gezahlt werden; bei mehrfacher Unzucht kam auch Orts- bzw. Landesverweisung in Betracht. Erst in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts versuchte der Kurstaat – langfristig allerdings vergeblich – Arbeits- und Ehrenstrafen bei Unzuchtsdelikten zu etablieren; diese ließen sich kaum vollziehen und zudem hatte der Kurfürst ein starkes fiskalisches Interesse an den Geldbußen. Denn auch nach 1780 (Verlagerung der Zuständigkeit auf die Lokalverwaltung) lag die Summe der jährlich eingenommenen Geldstrafen noch zwischen 800 und 900 Gulden, was schätzungsweise etwa 200 bestraften Unzuchtsdelikten entspricht[33].

[32] Vgl. zu Unzuchtsverfahren: E.C. ELLRICHSHAUSEN, *Mutterschaft*; S. BREIT, *Leichtfertigkeit*; U. GLEIXNER, *Mensch*.

[33] Die Zahlenangaben nach einem Gutachten aus dem Aschaffenburger Nachfolgestaat vom 3.6.1808: BStA Würzburg, MRA Cent 160.

– Prostitution und Kuppelei: Prostitution wurde in der Kurmainzer Gesetzgebung nur relativ unbestimmt (als «Hurerey») und ohne konkrete Strafandrohung verboten. Frauenhäuser existierten im Kurstaat nicht, daher handelte es sich bei den 39 ermittelten Fällen (Delinquenz 108) überwiegend um Straßenprostitution einzelner Frauen, die meist aus unteren sozialen Schichten stammten. Nur in einigen wenigen Fällen kann ansatzweise von gewerblicher Prostitution mit Beteiligung von Kupplerinnen oder Kupplern gesprochen werden. Zwar fragten die Kurmainzer Untersuchungsbeamten alle Frauen in den Verhören grundsätzlich nach der Annahme von Geschenken oder Geld, in der Praxis war die Feststellung gewerbsmäßiger Prostitution jedoch schwierig zu beweisen. Eine Strafverfolgung setze nur ein, wenn sich die Prostitution zu einem öffentlichen 'Skandal' entwickelt hatte bzw. überhaupt «öffentlich kundbar» wurde[34]. Das entscheidende Deliktmerkmal lag dann auch weniger in der Annahme materieller Zuwendungen als in der Mitwirkung Dritter, die Anstoß oder Anleitung gegeben oder Räumlichkeiten zur Verfügung gestellt und folglich als Kuppler fungiert hatten. Das Delikt der Kuppelei beinhaltete ebenfalls die Duldung oder Mitwirkung von Ehemännern bei sexuellen Kontakten der Frauen zu anderen Männern, die in der Praxis aber nur äußerst selten vorkam. Die Mainzer Räte verhängten in der Regel außerordentliche Strafen, meist Landesverweisung in Kombination mit Prügel- und Ehrenstrafen (Pranger) sowie Zuchthaus (die höchste Strafe betrug zwei Jahre). Männer wurden nur bestraft, wenn sie als Kuppler beteiligt waren oder Ehebruch mit einer Prostituierten begangen hatten.

– Konkubinat: Das Konkubinat als 'dauerhafte' sexuelle Beziehung läßt sich in der Strafpraxis nur schwer als selbständiges Delikt fassen. Solche nichtehelichen Lebensgemeinschaften kamen – schon aufgrund der engen dörflichen Sozialkontrolle – nur sehr selten vor (insgesamt 32 Fälle, davon einige in Verbindung mit Ehebruch und Inzest) und waren kaum zu beweisen, da die Delinquenten meist nur wenige sexuelle Kontakte zugaben und nicht zusammenlebten. Die Kurmainzer Regierung strafte das Konkubinat (die normativen Vorgaben sahen eine *poena extraordinaria* vor) meist mit mehrmonatigen Zuchthausstrafen, Geldbußen, Turmhaft oder Landesverweisung, wobei die Männer höhere und schwerere Strafen erhielten. Für die Bestrafung von Geistlichen – die weitaus häufiger als die gewöhnlichen Untertanen mit einer Frau im Konkubinat lebten – war das Vikariat zuständig, so daß die Fälle nicht in den Akten der Landesregierung auftauchen.

[34] So auch die Praxis in Burgund: J.R. FARR, *Authority and Sexuality in Early Modern Burgundy (1550-1730)*, New York - Oxford 1995, S. 153.

– Ehebruch: Der Ehebruch nahm nach den Unzuchtsdelikten sowohl in qualitativer als auch quantitativer Hinsicht die zweite Position im Spektrum der Sexualdelikte ein (332 Fälle, Delinquenz 679). Unterschieden wurde zwischen einfachem (nur ein Partner war verheiratet) und doppeltem (beide Partner waren verheiratet) Ehebruch, wobei die ältere Ungleichbehandlung zwischen Frauen und Männern in der Normgebung und der Strafpraxis aufgehoben war. Während im 16. Jahrhundert noch Todesstrafen (und zwar von den genossenschaftlichen Schöffengerichten) für Ehebruch verhängt wurden[35], zeichnete sich in der Rechtsprechung des Hofrates (wie auch in anderen Territorien) seit dem 17. Jahrhundert eine deutliche Milderung ab. Hatte doch die *Carolina* keine bestimmte Strafe vorgegeben, und die Kurmainzer Regierung verhängte dann auch entsprechend der landesspezifischen Gesetze und den Anweisungen der Kurfürsten überwiegend Kirchenbußen sowie Haft- und Geldstrafen (letztere konnten bis zu 150 Reichstaler betragen). Insbesondere die Kurfürsten hielten an der Kirchenbuße als *poena ordinaria* für den Ehebruch fest, und erst seit 1770 konnte auch eine Zuchthausstrafe (maximal sechs Monate) ausgesprochen werden. Unverheiratete Frauen wurden deutlich milder mit typischen Unzuchtstrafen (Hausarrest, Turm, Geldbußen) gestraft, während verheiratete Männer mit deutlich höheren Strafen rechnen mußten. Allerdings räumte die Landesregierung vor allem den verurteilten Männern relativ häufig die Möglichkeit ein, per Supplikation die Kirchenbuße – die den Verlust der sozialen und wirtschaftlichen Existenz nach sich ziehen konnte – mit einer Geldstrafe (meist zwischen 20 und 50 Gulden) abzulösen[36].

– Eheschließung und Bigamie: Zwar handelt es sich auch bei der Bigamie um einen schweren 'weltlichen' Straftatbestand, doch weder in der Gesetzgebung noch ihrer Spruchpraxis beschäftigte sich die Mainzer Regierung intensiver mit der Doppelehe. Zudem waren hier die Berührungspunkte zur geistlichen Gerichtsbarkeit bzw. zum Vikariat relativ stark, da dieses Dispense erteilen konnte, was der Landesregierung nicht immer zur Kenntnis kam. Da meist nur schwer geklärt werden konnte, ob ein früherer Ehepartner, der fortgezogen war, noch lebte oder verstorben war, kam es gelegentlich zu 'falschen' oder unklaren Eheschließungen, die die Landes-

[35] So 1591 vom Centgericht Starkenburg (bis 1622/1648 unter kurpfälzischer Pfandherrschaft); vgl. Hessisches Staatsarchiv Darmstadt, Centgerichtsprotokoll Bd. 1, C 4, Nr. 121/2.

[36] Johann Friedrich Karl von Ostein an die Landesregierung 12.4.1745, BStA Würzburg, MRA L 248; sowie Reskript Emmerich Josephs von Breidbach-Bürresheim vom 4.12.1770, zitiert in der *Kriminalrelation* von 1771, MRA KA 1733.

regierung (in fünf Fällen) nicht als Bigamie, sondern nur als Policeydelikt mit geringen Strafen ahndete. Meist handelte es sich bei den als Bigamie klassifizierten Delikten um solche 'Sonderfälle': Fremde oder Vaganten, die zwar verheiratet waren, sich aber nochmals hatten trauen lassen, oder ehemalige evangelische Untertanen, die ihre Frau verlassen hatten, in den Kurstaat eingewandert waren (bzw. sich dort aufhielten) und wieder geheiratet hatten[37]. Den bereits durch die *Carolina* eingeräumten Ermessensspielraum nutzte die Regierung dann auch entsprechend: Todesstrafen wurden im 18. Jahrhundert nur in zwei (von 19) Fällen erwogen, jedoch nicht verhängt; meist erhielten die Männer eine mehrjährige Zuchthaus- oder Schanzenstrafe, während die beteiligten Frauen (falls sie einen Bigamisten geheiratet hatten, aber selbst vorher nicht verheiratet waren) durchgängig milder mit Landesverweisung oder Turm bestraft wurden[38]. Hinsichtlich der juristischen Beurteilung der Bigamie durch die Regierung war jedoch weniger der formale Aspekt der doppelten Eheschließung als vielmehr zwei parallele sexuelle Beziehungen in zwei Ehen ein entscheidendes Deliktmerkmal: Seien sich doch alle «Criminalisten» einig, «daß das matrimonium cum duabus uxoribus contractum non solum per copulam sacerdotalem, verum etiam per carnalem, plenarié consummatum probiret werde»[39]. Ein solcher Beweis war zwar nur schwer zu erbringen, doch macht dieses Prinzip deutlich daß es in der Strafpraxis nicht nur um den formalen Schutz der Ehe, sondern auch um die Disziplinierung devianten Sexualverhaltens ging.

– Inzest: Ähnlich wie die Sodomie markierte die Blutschande gleichsam die Grenze zwischen Zivilisation und Natur[40]. Das Verbot sexueller Beziehungen zwischen Verwandten tauchte in der weltlichen Gesetzgebung bis ins 15. Jahrhundert allerdings eher selten auf, und erst die *Carolina* stellte Inzest unter Strafe. In der Kurmainzer Gesetzgebung wurde die prinzipielle Geltung dieser Bestimmung übernommen, das Inzestverbot aber überwiegend in den Kirchenordnungen hinsichtlich der verbotenen Grade näher geregelt. Da auch sexuelle Beziehungen bis zum fünften

[37] Hierbei handelte es sich um typische Fallkonstellationen, die sich z.B. auch für die Reichsstadt Köln bereits im 16. Jahrhundert feststellen lassen: vgl. G. SCHWERHOFF, Geschlechtsspezifische Kriminalität im frühneuzeitlichen Köln, in: O. ULBRICHT (ed), *Huren*, S. 83-116, hier S. 105.

[38] Vgl. beispielhaft einen Fall von 1776: BStA Würzburg, MRA KA 2646.

[39] Kriminalrelation von 1758, BStA Würzburg, MRA KA 2721.

[40] U. RUBLACK, *«Viehisch, frech vnd onverschämpt». Inzest in Südwestdeutschland, ca. 1530-1700*, in: O. ULBRICHT (ed), *Huren*, S. 171-213.

Verwandtschaftsgrad und zwischen Verschwägerten als Inzest galten, lagen in nahezu allen 91 Kurmainzer Inzestfällen (davon je zwei in Verbindung mit Kindsmord und Vergewaltigung) keine engen blutsverwandtschaftlichen Beziehungen vor: Inzest war in der Praxis ein Delikt, das Verschwägerte oder Verwandte zweiten bis vierten Grades (Cousin/Cousine) begingen und das häufig im Kontext einer Eheanbahnung stand. Insofern konnten die angedrohten und verhängten arbiträren bzw. außerordentlichen Strafen von Geldbußen bis hin zu Leib- und Lebensstrafen reichen. Schwere Strafen wurden nur bei sexuellen Beziehungen zwischen engen Verwandten verhängt, wobei nur eine Todesstrafe (Vater-Tochter) sowie einige Schanzen- und Zuchthausstrafen gegen Stiefväter, die ihre Stieftöchter mißbraucht hatten, nachgewiesen werden können.

– Sodomie: Unter diesem Tatbestand behandelten Gesetzgebung und Strafpraxis sowohl Bestialität als auch Homosexualität. Letztere fehlt völlig, und wegen Bestialität wurde nur gegen sechs Männer ein Strafverfahren angestrengt, das in fünf Fällen mit Einstellung endete (oder es ließ sich kein Urteil ermitteln). Nur in einem Fall – ein ehemaliger Kurmainzer Untertan, der 1765 angeblich wegen eines Vorfalls geflohen und als Vagant herumgezogen war – erfolgte eine harte Bestrafung mit einer zehnjährigen Zuchthausstrafe und *horrore mortis*[41]. Daß derart wenig Sodomiefälle vorkamen, ist auf die sicherlich geringe Häufigkeit des Delikts sowie auf die schwierigere Strafverfolgung und die problematischen Beweismöglichkeiten zurückzuführen. Die sechs überlieferten Fälle machen zudem deutlich, daß sowohl die Untertanen (bzw. Familienangehörige, Nachbarn usw.) als auch die Regierung versuchten, Sodomie möglichst geheimzuhalten und nicht durch ein Inquisitionsverfahren öffentlich bekannt werden zu lassen.

– Sexuelle Gewalt: Bei den Gewaltdelikten im Bereich der Sexualität sind zunächst die Notzucht und das sogenannte *stuprum violentium* zu nennen, die mit einer Vergewaltigung gleichgesetzt werden können; die Grenzen zum Kindesmißbrauch waren dabei fließend. Im 18. Jahrhundert verhandelte die Regierung 30 Vergewaltigungsfälle sowie 12 Fälle von Kindesmißbrauch. In Gesetzgebung und Strafpraxis spielten Vergewaltigung und Kindesmißbrauch (ausschließlich Mädchen) zumindest in quantitativer Hinsicht keine große Rolle. Dies war vor allem dadurch bedingt, daß die

[41] BStA Würzburg, MRA KA 2746. Die Drohung mit der Todesstrafe – *horrore mortis* – setzen die Regierung öfter als 'Ersatz' für die Todesstrafe ein: Dabei kündigte der Richter (bzw. zuständige Lokalbeamte) dem Delinquenten den Tod an, führte ihn auf den Richtplatz, wo er eventuell die Hinrichtung anderer Delinquenten mit ansehen mußte, begnadigte ihn aber kurz vor Vollzug zu einer milderen Strafe.

Beweislast ausschließlich bei den Frauen bzw. Kindern lag, so daß die meisten Fälle von sexueller Gewalt – besonders in der Konstellation Dienstherr-Magd – von der Regierung nicht als Vergewaltigung, sondern als Ehebruch oder Unzucht behandelt wurden bzw. die Frauen von vornherein auf eine Anzeige wegen Notzucht verzichteten. Hätten sie doch mittels glaubhafter Zeugen ihren entgegenstehenden Willen – z.B. daß sie durch lautes Schreien Widerstand gegen eine Vergewaltigung geleistet hatten – belegen müssen, was in der Regel kaum möglich war. Von den 43 angeklagten Tätern wurden dann auch nur 14 mit schwereren Zuchthaus oder Schanzenstrafen bestraft; die meisten kamen ohne Strafe mit einem Reinigungseid davon, und in einigen Fällen strafte die Regierung sogar die vergewaltigten Frauen bzw. Kinder wegen falscher Anschuldigung, Unzucht oder Hurerei.

– Folgedelikte: Seit Mitte des 18. Jahrhunderts konstruierte auch die Kurmainzer Obrigkeit einen engen Zusammenhang zwischen sexueller Devianz (vor allem Unzucht und Ehebruch) und den Delikten Abtreibung, Kindesaussetzung und Kindsmord. Lediglich als Folge einer außerehelichen geschlechtlichen Beziehung – so die Auffassung – würden die ledigen Mütter ihre Kinder zu töten versuchen, um 'Schande' oder Armut zu entgehen. Die hieran ansetzende Policeygesetzgebung zielte dann auch auf 'Prävention', schrieb dabei aber die Verheimlichung der Schwangerschaft als Delikt fest[42]. Zwar verzichtete die Landesregierung seit 1775 auf die Todesstrafe bei Kindstötungen, Frauen die eine nichteheliche Schwangerschaft verheimlicht hatten, wurden aber im Vergleich zur Bestrafung der Unzuchtsdelikte schwerer und teilweise mit Zuchthaus bestraft.

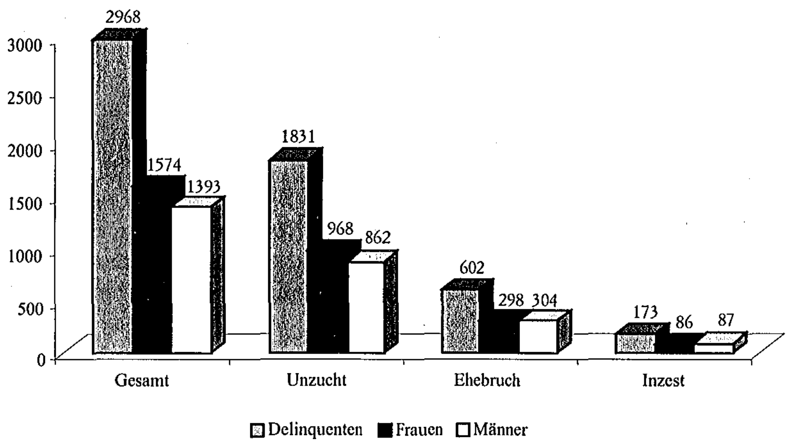
Bei allen Sexualdelikten waren die entscheidenden Deliktmerkmale der vollzogene Geschlechtsverkehr und das «öffentliche Ärgernis». Unzucht und Ehebruch wurden folglich in den meisten Fällen nur aufgrund der Schwangerschaft einer unverheirateten Frau verfolgt, wobei die Obrigkeit keineswegs immer *ex officio* die Delikte 'ermittelte', sondern durch Gerede und Anzeigen (von Nachbarn, Verwandten, Hebammen und den Delinquenten selbst) tätig wurde. Bei maximal zehn Prozent der Fälle lag keine Schwangerschaft vor, sondern gab das «öffentliche Ärgernis» den Anstoß zur Strafverfolgung. Das Strafmaß richtete sich sowohl nach der Häufigkeit

[42] Zum policeylichen Kontext von Abtreibung, Kindesaussetzung und Kindsmord: K. Stukenbrock, *Das Zeitalter der Aufklärung. Kindsmord, Fruchtabtreibung und medizinische Policey*, in R. Jütte (ed), *Geschichte der Abtreibung. Von der Antike bis zur Gegenwart*, München 1993, S. 91-119; M. Meumann, *Findelkinder, Waisenhäuser, Kindsmord. Unversorgte Kinder in der frühneuzeitlichen Gesellschaft*, München 1995; O. Ulbricht, *Kindsmord und Aufklärung in Deutschland*, München 1990.

des zugegebenen Geschlechtsverkehrs, der Möglichkeit bzw. Absicht zur Eheschließung sowie nach der sozialen Stellung und dem Vermögen der «Delinquenten». Frauen, die einen Mann «falsch angeschuldigt» hatten (der sich mit einem Reinigungseid aus der Affäre ziehen konnte) oder die eines «liederlichen Lebenswandels» bzw. als «Hure» verdächtigt wurden, erhielten deutlich höhere Strafen. Auch gegen «Mehrfachtäter» (zweiter Unzuchts- oder Ehebruchfall) verhängte die Regierung schwerere Pranger- bzw. Ehrenstrafen, sowie Orts- oder Landesverweise. Bei Ehebruch und Inzest (soweit letzterer nicht unter nahen Verwandten stattgefunden hatte) konnten schwerere Strafen wie Kirchenbuße, Zuchthaus oder Schanze allerdings auf dem Supplikationsweg durch Geldstrafen abgelöst werden, wobei die Regierung bei ihrer Entscheidung grundsätzlich die Vermögensverhältnisse berücksichtigte und vor allem arbeitsfähigen Männern, denen die Ehefrauen einen Ehebruch verziehen, eine Strafumwandlung ermöglichte. Auch in dieser Hinsicht bestimmten typisch policeyliche Motive die Entscheidungsfindung bzw. Strafzumessung.

Deutlich zeigt sich bei den Sexualdelikten die auf eine allgemeine Verhaltensdisziplinierung zielende 'egalisierende' Tendenz der Straf- und Policeygesetzgebung, die die noch im mittelalterlichen Recht vorherrschende Ungleichbehandlung von Männern und Frauen beseitigte[43] – und zwar eher zu ungunsten der Männer, wie die folgenden Graphik zeigt.

Graphik 4: *Geschlechterverhältnis Sexualdelikte 1500-1802*



[43] So auch eine zentrale These von I.V. HULL, *Sexuality*.

Allerdings muß betont werden, daß lediglich bei den drei quantitativ wichtigsten Delikten Unzucht, Ehebruch und Inzest eine Gleichbehandlung bzw. Bestrafung der Geschlechter erfolgte; bei Vergewaltigung und Kindesmißbrauch wurden die Männer relativ milde bestraft, während gegen Frauen bei den Folgedelikten Abtreibung, Kindesaussetzung und Kindstötung schwere Strafen – teilweise auch Todesstrafen (insgesamt 14) – verhängt wurden.

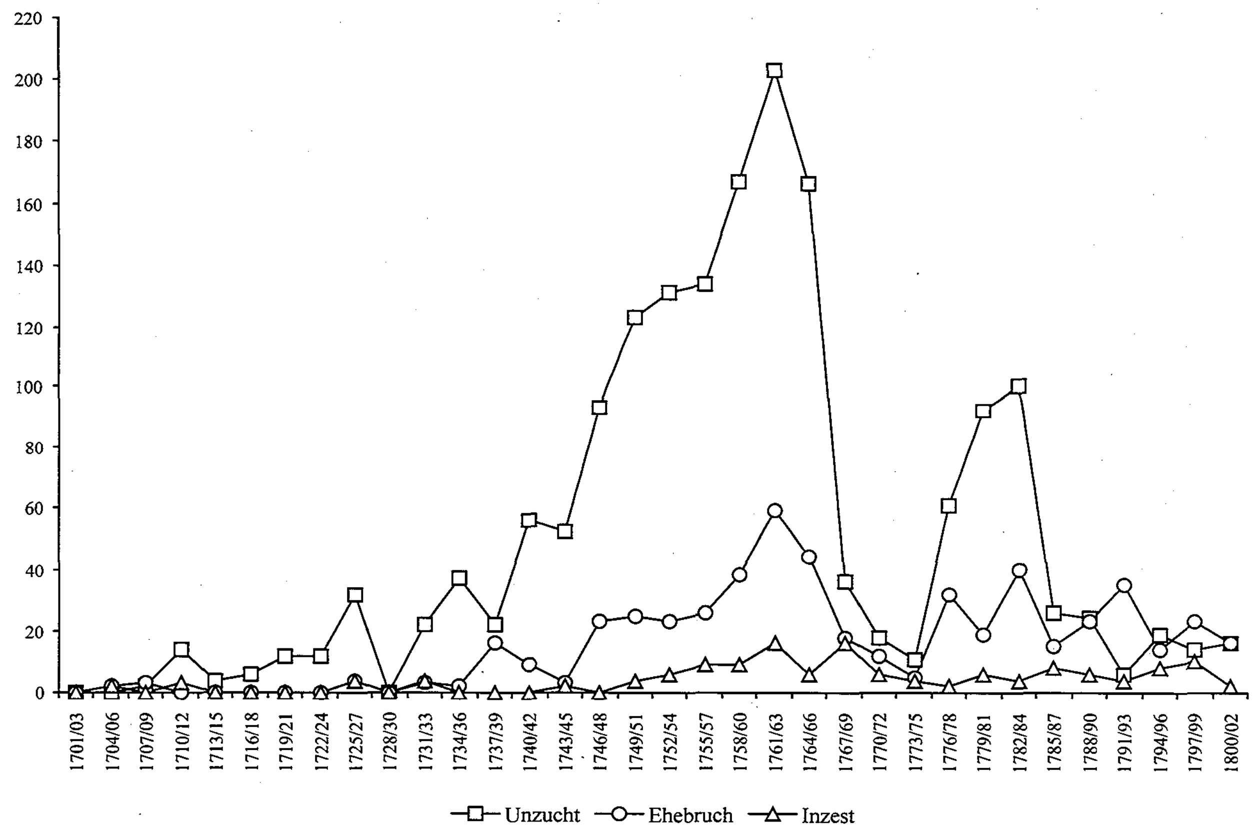
Analysiert man die zeitliche Entwicklung der drei wichtigsten Sexualdelikte – Unzucht, Ehebruch und Inzest – so zeigen sich erhebliche Veränderungen im 18. Jahrhundert, wie die folgende Graphik 5 deutlich macht.

Auffällig ist zunächst der starke Anstieg der Fälle in den Jahren 1740 bis 1770 und das Absinken 1770-1780, das vor allem die Unzuchtsdelikte betrifft. Wie bereits bei der Delinquenzkurve insgesamt sind auch bezüglich der Sexualdelikte ein Bündel von Ursachen für diesen Verlauf verantwortlich, die aus justizorganisatorischen Veränderungen, sozioökonomischen Prozessen (Bevölkerungsanstieg und ökonomische Krise 1772), einer Intensivierung der Verfolgung, aber auch den Justiznutzungsstrategien der Bevölkerung resultieren.

Der Anstieg ist zunächst deutlich markiert durch die Periode der Zurückverlagerung der Strafkompetenzen für Unzuchtsdelikte zur geistlichen Gerichtsbarkeit (1729-1732). Frühere Fälle, die durchaus die Landesregierung bzw. der Hofrat strafte, sind nur noch vereinzelt vorhanden; offensichtlich wirkte sich das «Interregnum» auch auf die Aktenüberlieferung aus. Erst nachdem die Regierung die Unzuchtsdelikte wieder sanktionieren durfte, wurden diese in schriftlichen Relationen (meist Sammelrelationen mit den Fällen eines Amtes aus mehreren Jahren) behandelt. Auch das Absinken der Fälle nach 1770 steht im engen Zusammenhang mit der Verlagerung von jurisdiktionellen Kompetenzen: Im Zuge der Reform der Lokalverwaltung erhielten zunächst die Kellereien (1772-1781) und dann die Ämter (ab 1782) die Strafkompetenz für Unzuchtsdelikte; wiederholte Unzucht sowie Ehebruch, Konkubinat, Bigamie, Inzest und Sodomie wurden jedoch weiterhin von der Regierung bestraft. Die Auswirkungen zeigen sich deutlich in der Kriminalitäts- bzw. Verfolgungsrate, die jedoch keineswegs eine generelle 'Entkriminalisierungstendenz' nach 1770 belegt[44].

[44] So aber für Kurbayern, wo ebenfalls in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts die Strafkomptenzen vom Hofrat zu lokalen Gerichten bzw. Verwaltungen verlagert wurden: W. BEHRINGER, *Weibliche Kriminalität in Kurbayern in der Frühen Neuzeit*, in O. ULBRICHT (ed), *Huren*, S. 63-82.

Graphik 5: *Sexualdelikte Unzucht, Ehebruch und Inzest im 18. Jahrhundert (Delinquenz)*



Denn trotz eines geringeren Verfolgungseifers der Lokalbeamten und der unvermeidlichen Kompetenzstreitigkeiten, nahm der Kurstaat aus den Ämtern und Kellereien auch nach 1782 noch jährlich Bußgelder für Unzuchtsvergehen von durchschnittlich etwa 800 Gulden ein.

Als weiterer Faktor muß das Bevölkerungswachstum berücksichtigt werden. Die Bevölkerung des gesamten Kurstaates (ohne Erfurt und das Heiligenfeld, die nur in Personalunion mit dem Kurstaat verbunden waren und eigene Verwaltungs- und Justizstrukturen hatten) betrug um 1700 etwa 120.000 Einwohner und wuchs im Laufe des 18. Jahrhunderts auf über 200.000; die Landesregierung ging im Januar 1803 von rund 240.000 Einwohnern aus. Genaue Wachstumsraten liegen allerdings nicht vor; lediglich die Bevölkerungsentwicklung der Stadt Mainz ist mit modernen demographischen Methoden untersucht worden, wobei die höchsten Wachstumsraten zwischen 1710 und 1750 (0,7%) liegen[45]. Geht man davon aus, daß sich das Bevölkerungswachstum zeitlich verzögert in der Kriminalitätsrate niederschlägt – bezüglich der Unzuchtsdelikte etwa 25 Jahre –, dann dürfte hier durchaus eine Ursache für den Anstieg der Unzuchts- und Ehebruchsdelikte in den Jahren 1750 bis 1770 liegen. Gerade die Generationen der während des stärksten Bevölkerungswachstums zwischen 1710 und 1750 Geborenen hatten zwischen 1730 und 1770 die geringsten Heiratsmöglichkeiten, zumal die Landesregierung in dieser Zeit auch die Gesetzgebung bezüglich der Bedingungen bzw. Ehehindernisse verschärfte. Diese Faktoren führten einerseits zu einem Anwachsen der vorehelichen Sexualität – und zwar auch als Möglichkeit, durch die Zeugung eines Kindes die Ehehindernisse eventuell umgehen zu können – bedingten aber andererseits auch eine Intensivierung der Verfolgung der Unzuchts- und Ehebruchsdelikte.

Der Verlauf der Kurve ist aber auch durch die «Justiznutzung» von Frauen und heiratswilligen Paaren und durch die «Ehepolitik» bzw. «bevölkerungspoliceylichen» Ziele der Regierung bedingt[46]. Alle Präventionsdelikte (immerhin 11% aller sanktionierten Sexualdelikte) sowie ein Teil der Unzucht-, Inzest- und Ehebruchfälle stehen im Kontext einer Eheanbahnung[47], wobei

[45] W.G. RÖDEL, *Mainz und seine Bevölkerung im 17. und 18. Jahrhundert. Demographische Entwicklung, Lebensverhältnisse und soziale Strukturen in einer geistlichen Residenzstadt*, Stuttgart 1985, hier S. 152 f.; Regierungsgutachten vom 31.1.1803, BStA Würzburg, MRA LG 3411.

[46] Grundsätzlich zum Zusammenhang von «Bevölkerungspolicey», Ehepolitik und Verfolgung sexueller Devianz im 18. Jahrhundert: I.V. HULL, *Sexuality*, *passim*.

[47] Zum vorhelichen Geschlechtsverkehr als ehebegründendes traditionelles Verhalten die detaillierten Studien von: S. BREIT, *Leichtfertigkeit*; H.R. SCHMIDT, *Dorf*; P. BECKER, *Leben*.

Policeynormen und Strafjustiz von heiratswilligen Paaren genutzt wurden, um die rigiden Ehehindernisse zumindest teilweise umgehen zu können. Denn die Strafen bei Unzuchtsvergehen lagen relativ niedrig (1-3 Tage Turm oder 1-3 Gulden), und war eine Ehe möglich bzw. gewünscht, enthielt ein Urteil häufig – gerade unter den policeylichen Aspekten der Versorgung der Kinder und der Bevölkerungsvermehrung – eine Heiratserlaubnis. Heiratswillige Paare konnten so versuchen, über eine voreheliche Zeugung die rigiden Heiratsbeschränkungen mit Hilfe des Strafurteils zu umgehen[48], wie der Fall der Magd Ursula Kremer (27) und des Johann Wentz (26), Sohn ihres Dienstherren, beispielhaft verdeutlicht: Das fehlende Vermögen der Frau und wohl auch der Widerstand der Eltern gegen eine Heirat ihres Sohnes mit der Dienstmagd veranlaßten 1762 eine Selbstanzeige der Ursula Kremer, die beim Amt die Geburt ihres unehelichen Kindes und Wentz als Kindesvater meldete. Beide legten im Verhör sofort ein Geständnis ab, gaben übereinstimmend eine relativ hohe Zahl sexueller Kontakte (20) zu, und Johann Wentz schloß seine Aussage mit der eindeutigen Bekundung, er sei «entschlossen diese Person mit dem Kindt vermittelts der Ehe ehrlich zu machen». Die Landesregierung entschied dann auch, beide mit zweitägigem Hausarrest bzw. Turm zu bestrafen und «ihnen sofort die Heyrat zu gestatten». Allerdings mußten sie die notwendigen *inferenda* und den geleisteten Militärdienst nachweisen bzw. eine entsprechende Dispensation bewirken, die aufgrund der Regierungsentscheidung aber lediglich eine Formsache war und der Zahlung einer zusätzlichen Gebühr gleichkam[49]. Neben der Heiratserlaubnis spielte in einigen Fällen auch das Ziel einer Einwanderung in den Kurstaat bzw. einer Annahme als Beisasse oder Bürger eine Rolle: Anna Maria Schneider von Erbach (im Rheingau) und der Limburger Bäckerknecht Dille gestanden nicht nur bereitwillig und umgehend ihr 'unzüchtiges' Verhältnis, sondern Dille verband dies mit der Bitte um eine Einwanderungs- und Heiratserlaubnis: Er «wolle sich gleich der straff unterwerfen» und hoffe, die «hohe obrigkeit werdte ihm die erlaubniß ertheilen sich copulieren zu lassen» und sich im Kurstaat niederzulassen; auch sei er bereit, den Milizdienst zu leisten bzw. eine Dispensationsgebühr zu zahlen, was auch akzeptiert wurde.

Bei der Entscheidungsfindung der Regierung wurde eine Heiratserlaubnis in Verbindung mit einer Unzuchtsstrafe vor allem dann erteilt, wenn

[48] Insofern wäre die von G. SCHWERHOFF, *Kriminalität*, S. 105, geäußerte These, daß bei «heimlichen Verlöbnissen» lediglich die sexuelle Aktivität gewollt war und Schwangerschaft und Strafverfahren als ungewollte Konsequenzen folgten, zu relativieren.

[49] BStA Würzburg, MRA KA 2528.

der Mann den Militärdienst abgeleistet hatte oder eine entsprechende Absichtserklärung abgab (bzw. die Dispensgebühr zahlte) und zumindest ein Ehepartner etwas Vermögen oder ein «nützliches» Gewerbe beisteuern konnte (wobei die Werte durchaus unter den normativen Vorgaben liegen konnten bzw. auch Anwartschaften auf Vermögenswerte/Erbschaften angerechnet wurden); ein fehlender Elternkonsens spielte dagegen für die Hofräte keine Rolle[50].

Im Kontext einer Eheanbahnung läßt sich auch ein Großteil der Inzestdelikte deuten, die Beziehungen zwischen Vetter und Cousine oder Schwägerin-Schwager betrafen. In diesen Fällen dienten Schwangerschaft und/oder Strafverfahren ebenfalls der Umgehung der Ehehindernisse bzw. erleichterten die Dispensation. Auch Ehebruchsfälle lassen sich als Versuch einer Eheanbahnung deuten: Einige Delinquenten hatten bereits bei schwerer Krankheit oder kurz vor bzw. nach dem Tod ihres Ehepartners eine sexuelle Beziehung zu einer anderen Frau (häufig eine Magd oder Schwester der Ehefrau) begonnen, und falls eine Schwangerschaft eintrat bzw. ein Strafverfahren in Gang kam, legten sie ein entsprechendes Geständnis ab, das sie mit der Bitte um einen Ehedispens verbanden. Strafverfahren und Strafen wurden in Kauf genommen, um möglichst rasch einen neuen Partner – und zwar vor allem zur kontinuierlichen Versorgung des Hauses und der «Wirtschaft» – ehelichen zu können. Auch in diesen Fällen endete das Verfahren häufig mit einer relativ milden Strafe und einer faktischen Heiratserlaubnis.

Die Erhaltung der Ehe – als ökonomische und soziale Kernzelle der frühneuzeitlichen Gesellschaft und damit der guten Ordnung und Policey – spielte auch bei Ehebruch und bei einem weiteren Policeydelikt, dem gotteslästerlichen Lebenswandel[51], eine zentrale Rolle in der Entscheidungspraxis, wobei sich ebenfalls Phänomene der Justiznutzung durch Frauen beobachten lassen. Beim Ehebruch berücksichtigte die Landesregierung bei der Strafzumessung, ob der betrogene Ehepartner – in der Regel die Ehefrauen – dem Ehebrecher verziehen und beide formal zusicherten, die Ehe fortzuführen. War dies der Fall, gestatteten Regierung und Kurfürst

[50] BStA Würzburg, MRA KA 2530. Eine ähnliche Entscheidungspraxis gab es auch im protestantischen Württemberg: H. SCHNABEL-SCHÜLE, *Überwachen und Strafen*, S. 287 f.

[51] Daß sich die Gotteslästerung im Verlauf der Frühen Neuzeit zu einem Delikt entwickelte, das ein ganzes Bündel devianter Verhaltensweisen umfaßte, unter denen blasphemische Äußerungen lediglich einen Strang darstellten, zeigt G. SCHWERHOFF, *Blasphemie vor den Schranken der städtischen Justiz: Basel, Köln und Nürnberg im Vergleich (14.-17. Jahrhundert)*, in «Ius Commune», 25, 1998, S. 40-120.

häufig eine per Supplikation erbetene Umwandlung der Kirchenbuße – die den sozialen und wirtschaftlichen Ruin des Delinquenten (und damit der Ehe) bedeuten konnte – in eine Geldstrafe. Gegen deviante Ehemänner, die nicht nur durch außereheliche sexuelle Beziehungen, sondern durch Geldverschwendung, Trunksucht, Fluchen und Gotteslästerung sowie Gewalt gegen Frauen und Kinder ihre Ehe gefährdeten, konnten Ehefrauen ebenfalls relativ erfolgreich mittels der Kurmainzer Strafjustiz vorgehen. Den «gotteslästerlichen» devianten Lebenswandel von Ehemännern strafte die Regierung im 18. Jahrhundert immerhin in 58 Fällen, teilweise mit recht hohen Zuchthaus- und Schanzenstrafen. Insofern existierte auch in diesem Bereich von Policey und Strafjustiz ein strukturelles 'Bündnis' von Frauen und Obrigkeit: die gute Policey war auf eine gute Ordnung in der Familie angewiesen[52].

Weiterhin nutzten vor allem die Mütter nichtehelicher Kinder im 18. Jahrhundert zunehmend die staatliche Strafjustiz, um ihre Unterhaltsansprüche gegen zahlungsunwillige bzw. die Vaterschaft bestreitende Männer durchzusetzen. Diese Praxis der Justiznutzung durch Frauen, um über das summarische Strafverfahren entweder die Einlösung des Eheversprechens oder zumindest ihre zivilrechtlichen Ansprüche auf Unterhalt für das Kind durchzusetzen, war auch in anderen deutschen Territorien oder europäischen Staaten üblich[53]. Denn über eine Selbstanzeige und das inquisitorische Strafverfahren war wesentlich leichter als über die Ziviljustiz eine rasche Feststellung der Kindsvaterschaft zu erreichen. Das Strafurteil genügte dann den Müttern, um in dem Unterhaltsprozeß ein günstiges Urteil zu erlangen, denn prinzipiell ging die «Criminal erkentnuß» der Landesregierung dem Zivilurteil vor bzw. präjudizierte dieses[54]. Bei Entscheidungen in solchen Unzuchtsfällen ließen sich die Hofräte ebenfalls durch das ökonomisch-policeyliche Motiv der Versorgung der nichtehelichen Kinder und Mütter leiten, die möglichst nicht der gemeindlichen bzw. staatlichen Fürsorge zur Last fallen oder gar die Gruppe der Bettler und Vaganten verstärken sollten. Folglich wurden die angeschuldigten

[52] Das «Bündnis» zwischen Justiz und Frauen betonen ebenfalls H.R. SCHMIDT, *Dorf*; U. RUBLACK, *Magd*, S. 289 ff. und R. HABERMAS, *Frauen und Männer im Kampf um Leib, Ökonomie und Recht. Zur Beziehung der Geschlechter im Frankfurt der Frühen Neuzeit*, in R. VAN DÜLMEN (ed), *Dynamik der Tradition* (Studien zur historischen Kulturforschung, 4), Frankfurt a.M. 1992, S. 109-136.

[53] K. STUKENBROCK, *Zeitalter der Aufklärung*, S. 116 f.; J.R. FARR, *Authority*, S. 112-121; R. HABERMAS, *Frauen*, S. 120.

[54] Gutachten Hofrat Strauß, 31.10.1766, BStA Würzburg, MRA Cent 160.

«Zuhälter» häufig verurteilt, wobei bereits engere soziale Kontakte als Beweis ausreichen konnten. Aufgrund der dichten Sozialkontrolle in den Gemeinden konnten die Mütter häufig Zeuginnen und Zeugen produzieren, die einen verdächtigen Umgang bestätigten. Auch die Konfrontation zwischen den beiden Delinquenten erwies sich in vielen Fällen als ein für die Frauen geeignetes Beweismittel, bei dem die Männer letztlich sexuelle Kontakte eingestanden. Gaben die Männer einen sexuellen Kontakt oder auch nur einen als verdächtig eingeschätzten sozialen Umgang mit der betreffenden Frau zu (oder konnte ihnen dieser nachgewiesen werden) und ließen sich diese zeitlich mit dem errechneten Zeugungstermin in Zusammenhang bringen, genügte dies der Regierung in der Regel für eine Verurteilung. Weniger die relativ geringen Geld- und Turmstrafen als vielmehr die durch die Verurteilung rechtlich zumindest präjudizierte Unterhaltspflicht (die insgesamt 50 fl. und mehr ausmachen konnte) stellte dann auch für die meisten «Zuhälter» die eigentliche Sanktion dar. Insofern bestand eine gewisse Interessenidentität zwischen staatlichen Policeyzielen bzw. Strafzwecken und den Versorgungsansprüchen der Mütter, wobei auch die Gemeinden ein Interesse daran hatten, den Kindesvater möglichst über ein Strafurteil auf den Unterhalt zu verpflichten[55].

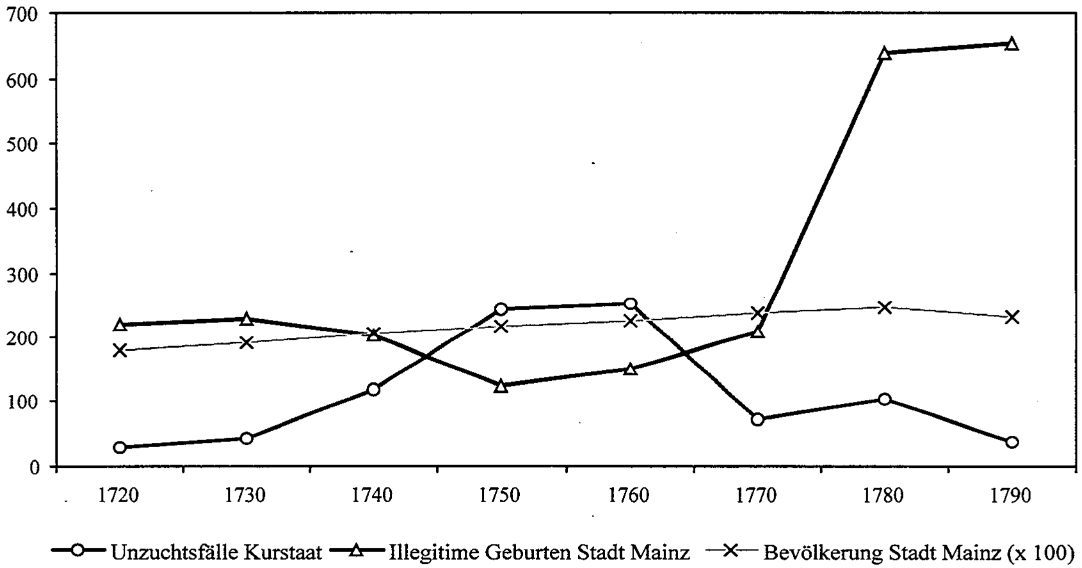
Zwar vermehrte die intensive Justiznutzung bei Unzuchtsdelikten die Arbeitsbelastung der Regierung und provozierte eine langwierige, grundsätzliche Diskussion über die Abgrenzung von Zivil- und Strafjustiz. Eine Verfahrensreform mit dem Ziel, dem Zivilurteil (bzw. Verfahren) gegenüber dem Strafverfahren Priorität einzuräumen, lehnte Kurfürst Friedrich Karl Josef von Erthal jedoch 1784 ab, weil der «Rechtsweg nur zum Mittel diene, dergleichen Sachen in die weite zu ziehen, die Klägerinnen zu ermüden, und selbst den nichtehelichen Kindern die alimentation zu erschwehren»[56].

Der intensiven Verfolgung und Sanktionierung der Unzuchtsdelikte entsprach im übrigen eine niedrige Illegitimenquote des Kurstaates bzw. der Stadt Mainz, die erst nach 1781 (wie im übrigen im gesamten Alten Reich) sprunghaft anstieg, was nur z.T. durch die Einrichtung einer Entbindungsanstalt in der Stadt Mainz und die Revolutionskriege bedingt war.

[55] Die Möglichkeiten, die die strafrechtliche Verfolgung sexueller Devianz den Frauen bot, um ihre Interessen durchzusetzen, unterstreicht auch am Frankfurter Beispiel R. HABERMAS, *Frauen*, S. 120 ff.

[56] Gutachten Hofrat Reuter mit Konklusum der Regierung, 28.6.1784, und des Kurfürsten, 1.7.1784, BStA Würzburg, MRA Cent 160; *ibidem* zahlreiche Akten zu dieser Problematik, die die Regierung seit den 1760er Jahren intensiv beschäftigte.

Graphik 6: *Unzuchtsfälle und Illegitimität im 18. Jahrhundert*[57]



[57] Die Daten zur Illegitimenquote der Stadt Mainz und zur Bevölkerungsentwicklung nach W.G. RÖDEL, *Mainz*, S. 119 ff. und 169. Die Kurven liefern nur ein grobes Bild: einerseits ist die Illegitimenquote für den gesamten Kurstaat nicht bekannt, andererseits enthalten die Kriminalrelationen kaum Unzuchtsdelikte aus der Stadt Mainz, da diese meist direkt von der obrigkeitlichen Verwaltungsbehörde der Stadt, dem Vizedomamt, gestraft wurden.

Gerade in der Periode der intensivsten Verfolgung und Sanktionierung war die Rate der außerehelichen Geburten am niedrigsten, was auf eine abschreckende Wirkung verweisen könnte. Zudem lag die Illegitimenquote der Stadt Mainz im 18. Jahrhundert insgesamt weit unter den Werten vergleichbarer Städte (z.B. des direkt benachbarten Frankfurt am Main)[58]. Die Verlagerung der Strafkompetenz auf die Lokalverwaltung, die mildere Strafpraxis und schließlich die Entkriminalisierung des Präventionsdeliktes gegen Ende des 18. Jahrhunderts waren folglich durchaus Faktoren (neben anderen)[59], die den Anstieg der illegitimen Geburten mitbedingten. Nicht die entsprechenden Policeynormen allein[60], sondern ihre Durchsetzung mittels Strafjustiz 'und' die damit weitgehend übereinstimmenden sozialen/ religiösen Normen der Bevölkerung bewirkten trotz rigider Ehehindernisse und Justiznutzungsstrategien eine relative sexuelle Disziplinierung bzw. Verhaltensanpassung im 18. Jahrhundert, die allerdings nicht von Dauer war.

Die Entscheidungs- und Sanktionspraxis der Landesregierung bildete folglich eine Art Kompromiß aus den unterschiedlichen und sich teilweise widersprechenden Policeyzielen einer sexuellen Disziplinierung, der Förderung der Ehe, der Bevölkerungspolicey sowie der Vermeidung sozialer Folgen bzw. Kosten. Daß der Kurstaat auch bei den Unzuchtsdelikten – trotz geringer Strafen und eines insgesamt hohen (und kostenintensiven) Verwaltungsaufwands – nicht auf die Sanktionierung verzichtete, zeigt allerdings auch die Bedeutung, die einer Disziplinierung des Sexualverhaltens mittels Policey und Strafjustiz zumindest bis in die zweite Hälfte des 18. Jahrhunderts hinein zugemessen wurde[61]. Denn es wurden auch Sexualdelikte bestraft, die nicht im Kontext von Justiznutzung (bzw. von Eheanbahnung und Unterhaltsansprüchen) standen und bei denen es auch nicht primär um die Sanktionierung bzw. Verhinderung unerwünschter Schwangerschaften ging. Das Motiv einer Disziplinierung der Sexualität und der Sanktionierung eines als abweichend definierten Sexualverhaltens

[58] Die Vergleichsdaten bei: W.G. RÖDEL, *Mainz*, S. 173.

[59] Vgl. zusammenfassend C. PFISTER, *Bevölkerungsgeschichte*, S. 86-89; für Bayern: S. BREIT, *Leichtfertigkeit*, S. 289 ff.

[60] So die These von W.G. RÖDEL, *Mainz*, S. 176.

[61] Auch in anderen Territorien wurden obrigkeitlichen Normen im Bereich der Sexualität – im Vergleich zu anderen Vergehen – rigider durchgesetzt bzw. sexuelle Devianz konsequenter gestraft: vgl. z.B. M. FRANK, *Dörfliche Gesellschaft und Kriminalität. Das Fallbeispiel Lippe 1650-1800*, Paderborn u.a. 1995, S. 324; S. BREIT, *Leichtfertigkeit*, S. 117 ff. und 301 sowie zusammenfassend G. SCHWERHOFF, *Kriminalität*, S. 160 f.

spielte durchaus eine gewichtige qualitative Rolle: Ehebruch, Bigamie, Sodomie, Prostitution und Kuppelei sowie besondere Sexualpraktiken (z.B. sexuelle Handlungen unter 'Jugendlichen', Partnertausch, Analverkehr, Fellatio, Exhibitionismus) bestrafte der Kurstaat in der Regel mit höheren Strafen, wie die folgenden Beispiele verdeutlichen mögen:

Sechs Jugendliche (vier Mägde und zwei Männer, 17-22 Jahre alt) verurteilte die Regierung 1765 zu Turm und Zuchthausstrafen für sexuell aufgeladene «Spielereien» auf dem Feld, bei denen sich die vier Frauen auf Niklas Bauer gelegt, «an seinem Membrum virili angestoßet, geropfet und unter hellem Gelächter und schändlichen Reden, als zum Exempel du hast doch einen rechten Schwantzen, fast eine gantze Viertelstundt lang dieses saubere Spiel fortgetrieben» hatten[62]. Den achtzehnjährigen Leonard Ameller, der die 14jährige Maria Magdalena Fischer zum Oralverkehr gezwungen hatte (das Mädchen sagte aus, sie habe ihm «mit dem Mundt das pudendum sucklen müssen»), verurteilte die Regierung 1749 nur aufgrund dieser Aussage (kein Mädchen könne sich «dergleichen scändliche facta erdencken») und ohne daß es zu einem Samenerguß oder gar zu einer Schwangerschaft gekommen war, zu einer Verdachtstrafe von einem Jahr Festungsbau[63]. Auch der unverheiratete Paul Moor wurde wegen abweichender sexueller Praktiken mit der (ebenfalls nicht verheirateten) Magd Maria Elisabeth Braun zu einer einjährigen Zuchthausstrafe und Prügel verurteilt, weil er – so die Aussage der Magd, die nur eine Unzuchtsstrafe erhielt – zwei «lichter zugleich ihr in die pudenda gestecket» und «sogar seine wollust auff eine viehische art von hinten her ausgeübet», wobei er versucht habe, bei «vermerckung des Samenfluß das Gliedt von ihr abzuziehen undt [den Samen] auff ihren leib schießen zu lassen»[64].

Deviantes Sexualverhalten, das nicht der Zeugung oder der Anbahnung einer Ehe, sondern nur dem 'Lustgewinn' diente, wurde von der Landesregierung als weitaus schwerere Verletzung der guten Ordnung gewertet, insbesondere wenn sich Männer und Frauen nicht gemäß den von ihnen erwarteten Geschlechterrollen verhielten: So strafte die Landesregierung noch 1792 die über vierzigjährige (und nicht schwangere) Ehefrau des Valentin Ruland mit einer dreijährigen Zuchthausstrafe (einer der höchsten Ehebruchsstrafen im 18. Jahrhundert), weil sie als eine «Verführerin» mit mehreren Männern (Vater und Söhnen) der Familie Erlenbach – und zwar

62 BStA Würzburg, MRA KA 2149.

63 BStA Würzburg, MRA KA 2560.

64 BStA Würzburg, MRA KA 2640.

offensichtlich mit Wissen ihres eigenen Ehemannes – mehrfach Ehebruch begangen bzw. sexuelle Handlungen vorgenommen hatte[65]. Sie entsprach dem negativen Stereotyp der Obrigkeit von der «begierigen Frau», die – nicht nur von der Regierung, sondern auch von vielen Dorfbewohnern – als Verführerin der Jugend (und der Männer) und als eine Bedrohung der Ordnung angesehen wurde[66]. Auch gegen den neunundvierzigjährigen Johann Nicolaus Moltz wurde 1784 wegen eines Ehebruchs eine einjährige Schanzenstrafe verhängt, obwohl er nur bei sexuellen Handlungen (der Geschlechtsverkehr konnte nicht bewiesen werden) mit einer vierzigjährigen Nachbarin von einem Dorfbewohner erwischt worden, aber als «Ehebrecher» bereits vorbestraft war: Sein «geiler Lebenswandel» und seine sexuellen Ausschweifungen machten eine «geschärffte Bestrafung» «zu seiner hinkünftigen Besserung» notwendig, lautete die Begründung des Urteils[67].

Die Zahl solcher Fälle war allerdings – schon aufgrund der schwierigen Beweislage – relativ gering (und lag unter 5%). Abweichendes Sexualverhalten war damit in der Mehrzahl der Fälle kaum durch Lust und Triebbefriedigung motiviert; Sexualität wurde – zumindest im Kontext des sanktionierten devianten Verhaltens – kaum als Bereich der Selbstverwirklichung und Lustgewinnung betrachtet, sondern war sowohl für die Obrigkeit als auch die Bevölkerung «ein gesellschaftlicher Ordnungsfaktor ersten Ranges»[68]. Dies schloß allerdings auf Seiten der Kurmainzer Obrigkeit das Ziel einer Kontrolle und Disziplinierung des Sexualverhaltens mittels Strafjustiz durchaus ein.

Normativ fixierte Strafzwecke und staatliches Verfolgungsinteresse – aber auch die Nutzung des staatlichen Straf- und Disziplinierungsangebots für die eigenen Interessen – bestimmten damit die Praxis der Kurmainzer Strafjustiz im Bereich von Ehe und Sexualität. Insofern sollte auch eine sozial- und kulturgeschichtlich ausgerichtete historische Kriminalitätsforschung Normen, Institutionen, Verfahren und Ziele/Strafzwecke des frühneuzeitlichen Territorialstaates prominent berücksichtigen. Die Frage der 'Effektivität' frühneuzeitlicher Strafjustiz bzw. der ineffektiven Normdurchsetzung und die damit gekoppelte Differenz zwischen Norm und

[65] BStA Würzburg, MRA KA 1001.

[66] Vgl. hierzu auch (mit ähnlichen Beispielen) U. RUBLACK, *Magd*, S. 229 ff.

[67] BStA Würzburg, MRA KA 1911.

[68] H. SCHNABEL-SCHÜLE, *Überwachen und Strafen*, S. 281.

Praxis erweist sich dagegen als ein 'Scheinproblem': Normen und Strafpraxis waren auch im geistlichen Territorialstaat des 18. Jahrhunderts durch ein flexibles und ausdifferenziertes Ensemble von 'Etiketten', Strafzwecken, Maßnahmen und Sanktionen gekennzeichnet. Dagegen fehlen tragfähige historische Kriterien zur 'Messung' von Effektivität: Die Rate der sanktionierten Normverstöße ist problematisch, denn sie kann – wie das Beispiel Kurmainz zeigt – interpretiert werden: 1) als Indikator für tatsächlich gestiegene Devianz; und 2) als zunehmende Verfolgungsintensität[69]. Hinsichtlich der Sexualdelikte zeigt sich jedenfalls, daß eine steigende Verfolgungsrate keineswegs einer größeren, sondern einer insgesamt niedrigen sexuellen Devianz (gemessen an der Illegitimenquote), aber einem intensiveren staatlichen Verfolgungs- und Sanktionierungsinteresse entspricht. Insofern kann die steigende Verfolgungsrate gerade nicht als Beleg für eine gescheiterte Disziplinierung interpretiert werden, sondern sie verweist auf eine Intensivierung staatlicher Sozialkontrolle. Strafgesetze und Policeynormen wurden durchaus flexibel mittels der Strafjustiz durchgesetzt, die als spezifisches Instrument formeller Sozialkontrolle funktionierte, das auch Untertanen und Delinquenten – allerdings nur im Rahmen korrespondierender Zielvorstellung der Obrigkeit von guter Ordnung und Policey – nutzen konnten. Justiznutzung bedingte insofern auch eine Zusammenarbeit zwischen Obrigkeit und Bevölkerung – im Bereich sexueller Devianz zwischen Frauen und Strafjustiz[70] – und erleichterte damit die Durchsetzung obrigkeitlicher Policeynormen.

[69] Vgl. dazu: K. Härter, *Soziale Disziplinierung durch Strafe? Intentionen frühneuzeitlicher Policeyordnungen und staatliche Sanktionspraxis*, in «Zeitschrift für historische Forschung», 26, 1999, S. 365-379, kritisch gewandt gegen: J. Schlumbohm, *Gesetze, die nicht durchgesetzt werden – ein Strukturmerkmal des frühneuzeitlichen Staates?* in «Geschichte und Gesellschaft», 23, 1997, S. 647-663 und M. Dinges, *Normsetzung als Praxis? Oder: Warum werden die Normen zur Sachkultur und zum Verhalten so häufig wiederholt und was bedeutet dies für den Prozeß der «Sozialdisziplinierung»?*, in *Norm und Praxis im Alltag des Mittelalters und der Frühen Neuzeit. Internationales Round-Table-Gespräch Krems an der Donau, 7. Oktober 1996* (Österreichische Akademie der Wissenschaften Phil.-Hist. Klasse. Forschungen des Instituts für Realienkunde des Mittelalters und der frühen Neuzeit. Diskussion und Materialien, 2), Wien 1997, S. 39-53.

[70] R. Habermas, *Frauen*, S. 125 betont, daß die Frauen «zu Komplizinnen der obrigkeitlichen Sittlichkeitsvorstellungen, ja mehr noch: zu Agentinnen der Obrigkeit» wurden.

La mediazione giudiziaria dei conflitti sociali alla fine del medioevo

Tribunali ecclesiastici e resistenza comunitaria in Valtellina

di *Massimo Della Misericordia*

In queste pagine si presenta un esame delle vertenze che coinvolsero i signori e le comunità valtellinesi tra XV e inizio del XVI secolo, discusse davanti al tribunale vescovile di Como e poi snodatesi nelle successive istanze della giurisdizione ecclesiastica. L'obiettivo è di far luce su uno degli aspetti del pluralismo giuridico tardo-medievale e su una delle possibili strade che la resistenza comunitaria poteva percorrere, quando si indirizzava verso il ricorso alla mediazione giudiziaria e alle strategie processuali. Infatti, nell'ampio spettro delle risorse disponibili per condurre un contenzioso antisignorile o per tentare di porvi fine – dai tribunali laici ai metodi infragiudiziari, fino allo scontro aperto – si collocava a pieno titolo anche

Abbreviazioni: ASCo = Archivio di Stato di Como, AN = Archivio Notarile; ASMi = Archivio di Stato di Milano, AN = Archivio Notarile; ASSo = Archivio di Stato di Sondrio, AN = Archivio Notarile; ASCF = Archivio Storico del Comune di Fusine, *SA* = *Sezione Antica*; ASCG = Archivio Storico del Comune di Grosio, *SAR* = *Sezione di Antico Regime*; ASDCo = Archivio Storico della Diocesi di Como, *VP* = *Mensa Vescovile, Investiture feudali, Volumina Parva*. La documentazione utile presso i due archivi comunali è stata individuata grazie ai regesti in *Archivio storico del Comune di Fusine. Inventario d'archivio (1325-1903)*, Milano 1996; *Archivio storico del Comune di Grosio. Inventario d'archivio (1291-1905)*, Milano 1996. La citazione del materiale dell'Archivio Storico del Comune di Fusine (oggi in deposito presso l'Archivio di Stato di Sondrio) rinvia, nell'ordine, al mazzo, alla busta, al fascicolo. Si sono indicati anche i fogli del fascicolo nel caso dei riferimenti più particolari o di frasi riprese testualmente. La data riportata è sempre quella del fascicolo, anche quando il rimando è in realtà ad atti precedenti contenuti interamente o ricordati per sommi capi, quasi sempre senza data, all'interno dei lunghi documenti conservatisi. La citazione del materiale dell'Archivio Storico del Comune di Grosio rinvia in primo luogo alla busta, in secondo luogo al fascicolo, con l'eccezione del *Fondo pergamenaceo*, dotato di una numerazione propria. Il sistema documentario tardo-medievale della chiesa vescovile è illustrato in M. DELLA MISERICORDIA, *L'ordine flessibile. La documentazione della mensa vescovile presso l'Archivio storico della diocesi di Como (prima metà del XV secolo)*, in «Archivio storico della diocesi di Como», 11, 2000, pp. 23-71. L'interesse di alcuni documenti dell'Archivio Notarile dell'Archivio di Stato di Milano mi è stato segnalato da Enrico Roveda.

il foro ecclesiastico. I tribunali della Chiesa furono anzi così spesso teatro di questi conflitti da consentire di avanzare, a partire dal caso valtellinese, una prima riflessione sull'attenzione che essi meritano nello studio delle manifestazioni della protesta rurale e del loro controllo o della loro composizione in sede giudiziaria.

Il periodo considerato è, si diceva, il XV e l'inizio del XVI secolo, che corrisponde ad una fase ben individuabile di riconosciuto rilievo del foro episcopale, nei rapporti con la società locale e con le autorità politiche. Il tribunale diocesano di Como non era il tribunale di un principe ecclesiastico e nemmeno di un vescovo detentore di giurisdizioni signorili anche solo su qualche castello o villaggio della diocesi. Gli interventi nelle controversie tra laici del giudice vescovile – il vicario generale o un apposito *locumtenens* – avvenivano pertanto in base alla competenza esercitata *ratione materie*, che sottoponeva alla sua *cognitio* cause matrimoniali, processi per spergiuro, per usura e così via. A partire dal terzo decennio del Quattrocento, il vicario cominciò a giudicare anche tutte le vertenze che avessero implicato i beni della mensa vescovile, fino a quel momento rimesse alla decisione di arbitri o giusdicenti laici: si trattò di un decisivo ampliamento della competenza del giudice ecclesiastico, che moltiplicò i suoi interventi in controversie che coinvolgevano i protagonisti della vita politica locale. L'acquisizione di questa rilevante competenza fu poi solo un aspetto di un più generale processo di consolidamento del funzionamento del tribunale, della cancelleria e della curia vescovile, prima relativamente disorganico e ora più strutturato e continuo, processo che induce a collocare gli anni 1420-1430 all'inizio di una nuova fase[1].

A delimitazione di questa stagione si pone, nel 1512, il distacco della Valtellina e della Valchiavenna dallo stato di Milano e la loro soggezione al governo della repubblica delle Tre Leghe. Le autorità grigionesi adottarono una politica di contenimento delle competenze del foro ecclesiastico in forme mai praticate dai duchi di Milano, che invece ne avevano riconosciuto e sostenuto l'attività: si vietò ai laici di ricorrervi e crebbe anche nella prassi l'insofferenza per le iniziative del vicario. Una decennale tradizione di interventi, come si vedrà, non si interruppe immediatamente, ma si aprì comunque un periodo nuovo, che pertanto dovrebbe essere considerato in una prospettiva complessiva e specifica, nella cornice dei contrasti

[1] M. DELLA MISERICORDIA, *La disciplina contrattata. Vescovi e vassalli tra Como e le Alpi nel tardo Medioevo*, Milano 2000, pp. 121-128; C. BELLONI, *Governare una diocesi: l'episcopato comasco durante il vicariato di Francesco della Croce (1437-1440)*, in «Periodico della Società Storica Comense», 56, 1994, pp. 101-138.

tra cattolici e riformati che segnarono la vita valtellinese nei secoli XVI-XVII[2].

In Valtellina, un ampio settore della fascia alpina della diocesi di Como, nel XV secolo ai confini dello stato di Milano, dal 1512, come si accennava, terra soggetta alla repubblica delle Tre Leghe, l'interazione tra giurisdizione ecclesiastica e conflitti sociali fu particolarmente ricca e complessa. Infatti, nella valle, beni e diritti cospicui e contesi, quali boschi, pascoli, terre, decime, appartenevano in larga misura all'alto dominio della chiesa vescovile. Per questo motivo dal 1420, a partire cioè dall'affermazione della nuova competenza giurisdizionale del tribunale diocesano sui contenziosi che coinvolgessero componenti del patrimonio vescovile, si verificò un massiccio ricorso laico al foro ecclesiastico nelle numerose dispute che, a causa dei beni e dei diritti di cui si diceva, impegnavano comuni, signori e nobili, modesti possidenti.

Nel secolo in esame, dunque, il tribunale diocesano divenne uno dei luoghi della conflittualità aristocratica: gli strascichi di inimicizie tra famiglie lasciati dal fallimento di alleanze matrimoniali, i contenziosi tra gli uomini più potenti della valle che si disputavano il possesso di beni fondiari, le vertenze successorie e patrimoniali tra diversi rami o esponenti di una stessa parentela, i contrasti tra diritti delle donne e diritti degli agnati maschi impegnarono abitualmente i vicari vescovili. Le famiglie signorili o notabili, che concentravano nelle loro mani il possesso fondiario e investivano nel credito, utilizzarono spesso il foro episcopale anche contro i coltivatori e i debitori. L'abitudine al ricorso al giudice ecclesiastico non era però meno radicata negli altri strati sociali, come dimostra l'indirizzarsi verso Como dei conflitti in cui sfociavano le tensioni intercomunitarie e intracomunitarie: i dissidi per la spartizione dei beni goduti in condivisione da diverse comunità o la determinazione dei confini dei territori comunali; le cause dei comuni rurali contro i dazieri e i proprietari cittadini; le contese tra le collettività nel

[2] O. AUREGGI, *Il Diritto Ecclesiastico delle Tre Leghe nell'Alta Lombardia. Fonti e metodi di studio*, in «Archivio Storico Lombardo», 110, 1963, pp. 33-62, pp. 39-44; C. DI FILIPPO BAREGGI, *Le frontiere religiose della Lombardia. Il rinnovamento cattolico nella zona 'ticinese' e 'retica' fra Cinque e Seicento*, Milano 1999, pp. 114-115; D. ZOIA (ed), *Li Magnifici Signori delle Tre Eccelse Leghe. Statuti ed ordinamenti di Valtellina nel periodo grigione*, Sondrio 1997, pp. 30 e 103, rubriche 51 e 222; D. ZOIA (ed), *Statuti ed ordinamenti di Valchiavenna*, Sondrio 1999, pp. 138-139, 142, rubriche 144-145, 153-154. Per la situazione nello stato di Milano, cfr. L. PROSDOCIMI, *Il diritto ecclesiastico dello Stato di Milano dall'inizio della signoria viscontea al periodo tridentino (sec. XIII-XVI)*, Milano 1941, pp. 293 ss. Sono effettivamente più spicci che nella precedente età visconteo-sforzesca i modi con cui il capitano di Valtellina liquidò le affermazioni di competenza del vicario episcopale in ASDCo, *VP*, 26, fol. 5r-v, 1517.II.11.

loro complesso e singoli vicini che in vario modo ne ledevano le prerogative o i patrimoni.

In questo quadro, una gamma particolarmente ricca di interazioni e di pratiche conflittuali è rintracciabile nelle cause in cui si affrontarono comuni e signori locali, o, per meglio dire, detentori di prerogative di tipo signorile. Questa seconda più sfumata definizione è suggerita dalle peculiarità della situazione che gli equilibri e le tensioni tra i diversi protagonisti della vita politica e sociale definivano in Valtellina. Qui gli uomini (nel senso di coloro che la parola *homines* identifica nelle fonti coeve, ovvero gli esclusi dagli *status* sociali privilegiati) e l'organismo istituzionale in cui convergeva la loro iniziativa – il comune rurale – avevano assunto nel tardo medioevo un notevole rilievo, dilatando gli spazi di gestione collettiva delle risorse economiche e occupando la scena della politica locale. I pur radicati poteri signorili, per contro, ripiegarono verso forme di più tenue influenza sulle comunità. I *domini* possedevano castelli, avevano il diritto di reclutare uomini al servizio del duca, mobilitandoli in difesa della valle, guidavano le fazioni locali dei guelfi e dei ghibellini, veri e propri organismi strutturati grazie ai quali la società valtellinese regolava il conflitto politico e trovava coesione e compattezza; tuttavia godettero raramente di investiture feudali del *merum et mixtum imperium* da parte dei Visconti e degli Sforza, prescindendo dalle quali su nessuna comunità esercitarono un potere tale che consentisse loro di dettarne gli statuti o di nominarne i giusdicenti. Gli uomini erano liberi anche dagli obblighi altrove più condizionanti, come il prelievo signorile sui patrimoni contadini al momento della loro trasmissione ereditaria, i turni di guardia ai castelli e così via. Il rilievo degli esponenti delle maggiori famiglie si incanalò dunque nella tutela delle comunità, nella garanzia della pacifica convivenza in valle (a supporto dell'azione dei magistrati ducali), nella mediazione tra poteri centrali e organismi locali di autogoverno. Per questo, più che di un potere signorile, è opportuno parlare di prerogative signorili: in questo modo si vogliono identificare alcune schegge delle diverse componenti del *dominatus* – i diritti di decima, d'uso di boschi e alpeggi – raccolte nelle mani di un gruppo di privilegiati che in Valtellina si restringeva alle famiglie eminenti locali, mentre nelle vicine terre della Valchiavenna e del Lario, in analogia con la più generale situazione dell'Italia centro-settentrionale, si allargava agli esponenti del patriziato urbano[3]. Come in molte altre zone d'Europa, il godimento di queste prerogative sollevò le contestazioni degli uomini,

[3] Sulle famiglie signorili locali e sulle comunità in Valtellina e nella fascia alpina dello stato di Milano, vedi G. CHITTOLINI, *Città, comunità e feudi negli stati dell'Italia centro-*

determinati a sostituire i *domini* nel ruolo di esattori della decima raccolta sui frutti dell'agricoltura e sui capi di bestiame, e a esercitare senza condizionamenti il diritto di sfruttare gli alpeggi e i boschi e di commercializzarne i prodotti.

1. *Fra un tribunale diocesano ed altre opzioni*

Una prima lite, che contrappose i comuni di Tresivio Monte e Tresivio Piano e alcuni membri della potente agnazione dei Quadrio, residenti nel vicino centro di Ponte, rivela il ventaglio apertissimo di risorse giudiziarie e politiche cui le parti erano in grado di attingere.

Nel secondo decennio del Quattrocento Serafino Quadrio ottenne dal duca Filippo Maria Visconti la donazione di tutto il patrimonio appartenuto a Franzino Ambria e ai fratelli: ne facevano parte anche i *montes* Ambria, Ròdes e Venina, preziosi non solo per gli alti pascoli, ma anche perché «se ritrovano molte vene de ferro, argento e altri metali»[4]. Almeno dal principio degli anni Quaranta le rivendicazioni di Giovanni Brandano, figlio di Serafino, e degli altri discendenti dello stesso Serafino vennero a collisione con quelle dei comuni di Tresivio Piano e Tresivio Monte, nel cui territorio gli alpeggi si collocavano. I Quadrio vantavano il titolo di proprietà eminente derivante dalla donazione del principe, che volevano riconosciuto dai comuni, i quali fornivano invece una versione contrastante: i Quadrio, «investiti ... a dictis communibus de eis montibus, ... se eorum montium dominos facere voluerunt, asserentes se esse in possessione eorum montium»[5].

La vertenza durò, con alterne vicende, fino alla metà degli anni Settanta. In questi decenni le parti non lasciarono niente di intentato: la mediazione, il processo, l'appello alle magistrature centrali, la supplica al principe, l'esercizio *de facto* del possesso, il falso documentario, la violenza. Di questo succedersi di soluzioni Giovanni Brandano Quadrio propose un bilancio nei primi anni Sessanta, un bilancio provvisorio, dal momento

settentrionale (secoli XIV-XVI), Milano 1996, pp. 127-144; M. Della Misericordia, *La disciplina contrattata*, cit., pp. 145-162, 213-222, 245-333; dello stesso autore, *Dividersi per governarsi: fazioni, famiglie aristocratiche e comuni in Valtellina in età viscontea (1335-1447)*, in «Società e storia», 22, 1999, pp. 715-766, con bibliografia.

[4] ASMi, *Sforzesco*, 781, 1469.III.8. Cfr. ASSo, *Pergamene sciolte dette notarili*, 1417.VII.22. Sui vari rami della famiglia Quadrio, cfr. M. Della Misericordia, *La disciplina contrattata*, cit., pp. 156-162, con bibliografia.

[5] ASMi, *Sforzesco*, 718, 1452.II.23. Cfr. ASSo, AN, 142, foll. 143v-144r, 1460.X.30.

che il contenzioso si prolungò, sebbene in modo meno clamoroso, per almeno un altro decennio: arbitrati, interventi delle magistrature centrali e 24 sentenze, tutte favorevoli a lui e tutte disattese dagli uomini, un credito nei loro confronti ormai asceso a 2.000 ducati[6].

Una delle vie esperite, come si diceva, fu quella dell'accomodamento: alla fine degli anni Cinquanta alcuni tentativi di trovare una composizione fallirono[7]; poi le parti si rimisero alla mediazione di maggiorenti locali, come il canepario di valle Giacomo Fontana[8], del capitano di valle (il massimo magistrato sforzesco in Valtellina)[9], del famiglio cavalcante Marco Corio[10], di Prospero da Camogli, commissario e segretario ducale (tuttavia in una prima occasione intervenuto come arbitro)[11]. Nessuno di questi tentativi fu risolutivo, talvolta fu immediatamente rigettato: dopo il lodo di Prospero da Camogli, nonostante l'avvenuta ratifica da parte dei comuni e dei due consigli ducali, il procuratore degli uomini si adoperò perché si stipulasse un nuovo compromesso; quello del capitano di valle fu subito contestato dagli uomini[12].

Un'altra strada battuta dai Quadrio fu quella del ricorso alla giustizia ordinaria, ovvero al capitano di valle. Questi, su istanza di Giovanni Brandano, aprì un processo e inoltre procedette all'arresto degli uomini giudicati più facinorosi, ora su precisa sollecitazione del Quadrio, ora comunque con il suo compiacimento[13].

[6] ASMi, *Famiglie*, 150, *Quadrio*, s.d.

[7] Nel cartulario di Antonio Carugo sono alcuni appunti circa un'elezione fatta dai due comuni di procuratori «ad compromittendum cum domino Iohanne Brandano et consortibus suis de Quadrio et ad transigendum et pacificandum quoad ad se investiendum si opus fuerit» non più trascritta perché «non habuit aliquod effectum» (ASSo, AN, 224, fol. 48r, 1458.X.18), e un'altra successiva, anch'essa non riportata «quia non fuit operatum» (ASSo, AN, 224, fol. 90v, s.d. [1459.VI-VII]).

[8] ASMi, *Sforzesco*, 720, 1465.II.15.

[9] ASMi, *Comuni*, 87, *Valtellina*, s.d.

[10] ASSo, AN, 142, foll. 143v-144r, 1460.X.30. Su questo corpo di ufficiali, impiegato in ambascerie, missioni nel ducato e fuori, cfr. F. LEVEROTTI, *Diplomazia e governo dello stato. I «famigli cavalcanti» di Francesco Sforza (1450-1466)*, Pisa 1992.

[11] Della questione si occupò tuttavia un suddelegato: ASSo, AN, 142, foll. 258v-259r, 1462.VII.8.

[12] Rispettivamente ASMi, *Famiglie*, 150, *Quadrio*, s.d.; *Comuni*, 87, *Valtellina*, s.d.

[13] ASMi, *Sforzesco*, 720, 1462.VIII.15; 781, 1470.V.23; 782, 1474.I.26. Per un altro processo, cfr. ASSo, AN, 142, foll. 143v-144r, 1460.X.30.

Nel contenzioso fu attratto pure l'intervento delle magistrature centrali dello stato. Nel 1458 i comuni elessero propri procuratori che si presentassero di fronte al duca, al consiglio segreto, al consiglio di giustizia e ai maestri delle entrate straordinarie, per assicurare obbedienza, ma anche per invocare una revisione dei *capitula* proposti da Giovanni Brandano Quadrio[14]. Le parti sollecitarono infine gli interventi del principe: il duca fu raggiunto a più riprese da suppliche dei Quadrio, per ottenere che fossero eseguite le molte sentenze a loro favore e si procedesse contro i renitenti, o dei comuni, anche queste intese ora ad inclinare favorevolmente il corso della giustizia, ora a conseguire la sospensione dei provvedimenti punitivi, ora a proporre un orientamento per un'attesa sentenza del consiglio di giustizia[15].

Mentre il principe, le magistrature centrali dello stato e gli ufficiali in periferia venivano quindi sollecitati per una mediazione giudiziaria o politica della disputa, mentre i capitani di Valtellina tentavano di indurre gli uomini all'obbedienza e da Milano si inviavano commissari per pacificare la vertenza[16], i comuni animarono pure manifestazioni di viva resistenza e di ribellione aperta. Talvolta gli uomini si limitarono ad iniziative esclusivamente dimostrative: nel 1454 circa 200 persone si radunarono, in modo solo potenzialmente minaccioso, presso la residenza del vicario del capitano di valle, che doveva provvedere all'esecuzione di una sentenza emessa dal consiglio di giustizia che condannava i due comuni[17]. In altre occasioni invece gli uomini si opposero con la forza e l'intimidazione violenta alla controparte e ai magistrati ducali: si congregarono armati, uccisero un procuratore dei Quadrio, minacciarono gli esponenti della nobile famiglia e il capitano di valle, di cui, si disse, avevano tramato l'assassinio insieme a quello di altri ufficiali. Frustrarono inoltre gli interventi giurisdizionali del capitano e impedirono l'esercizio del suo ufficio nel territorio comunale. Pure nell'alternanza di momenti di tensione e di altri più distesi, le forme della protesta comunitaria assunsero, a tratti, i connotati dell'insubordi-

[14] ASSo, AN, 224, foll. 22v-24v, 1458.IV.26. Nel 1454 il Consiglio di giustizia emise una sentenza favorevole ai Quadrio (ASMi, *Sforzesco*, 718, 1454.VIII.22); nel 1461 e nel 1462 era il Consiglio segreto ad interessarsi della questione (ASMi, *Sforzesco*, 720, 1462.VIII.19; cfr. anche ASMi, *Famiglie*, 150, *Quadrio*, s.d.; 15, *Beccaria*, s.d.).

[15] ASMi, *Sforzesco*, 781, s.d. (1470 circa); 782, 1474.I.26; *Famiglie*, 150, *Quadrio*, s.d.; *Comuni*, 87, *Valtellina*, s.d. (1454); *Comuni*, 87, *Valtellina*, s.d. (in cui i comuni si rivolgevano alla duchessa, ricordando un'altra supplica al principe di poco precedente).

[16] ASSo, AN, 142, foll. 138r-146r, 1460.XI.10-11 (che contiene lettere ducali datate 1460.X.25, 30); foll. 258v-259r, 1462.VI.30; ASMi, *Sforzesco*, 720, 1463.VIII.31; 1465.XI.17; ASCo, AN, 74, foll. 88r-93r, 1465.XI.26.

[17] ASMi, *Sforzesco*, 718, 1454.VIII.22.

nazione: sul capo degli uomini pendevano accuse di «disobedientie» e «rebellione» e la minaccia della confisca dei beni[18].

Sia i Quadrio che i comuni condussero la loro battaglia per ottenere il riconoscimento dei diritti che reclamavano rivendicando pure l'esercizio diretto e ininterrotto del possesso. Gli uomini di Tresivio avevano protratto un imperturbabile godimento gratuito dei beni, ignorando le sentenze che a più riprese avevano riconosciuto la fondatezza delle ragioni dei Quadrio e imposto loro di *dimittere et rellaxare* gli alpeggi alla controparte[19]. Il possesso continuo e pacifico era un titolo di tale peso nell'avvalorare le opposte pretese che, mentre i comuni lo esercitavano concretamente, i Quadrio, estromessi, lo dovettero inventare. Nel 1440, proprio negli anni in cui si accendeva la disputa tra la nobile famiglia e i comuni, Leonardo, figlio di Serafino e fratello di Giovanni Brandano, fece redigere un falso documento di locazione di uno degli alpeggi contesi, in realtà mai stipulata, seguito da un'immediata ricevuta di pagamento, anch'esso mai avvenuto, in assenza dei pretesi investiti e invece in presenza di alcuni testimoni compiacenti. I Quadrio tentarono così di accreditare come già conseguita quella piena e indisturbata disponibilità del bene che era invece tutta da conquistare, con un espediente che, smascherato, nel 1462 costò il rogo al notaio complice[20].

Le due comunità mobilitarono pure personaggi influenti in valle: il capo della parte guelfa locale Antonio Beccaria, che a sua volta contese gli alpeggi in questione ai Quadrio e li locò ai comuni; i prestigiosi notai Antonio Carugo e suo fratello Cristoforo, che furono procuratori degli uomini; infine Francesco Quadrio, che prestò loro una fideiussione e li soccorse economicamente, fatto che testimonia anche la capacità di suscitare o di approfittare delle rivalità interne all'agnazione cui apparteneva la controparte[21].

[18] Espressioni cit. da ASMi, *Famiglie*, 15, *Beccaria*, s.d. Per i vari episodi, cfr. ASMi, *Sforzesco*, 720, 1462.VIII.15, 19; 1465.II.15; 781, 1470.V.23; *Comuni*, 87, *Valtellina*, s.d.; ASCo, AN, 74, fol. 86r-v, 1465.XI.26 (il riferimento è alle lettere ducali datate 1465.X.29).

[19] ASCo, AN, 74, foll. 88r-93r, 1465.XI.26.

[20] ASMi, *Sforzesco*, 720, 1461.VIII.30. Sulla vicenda del notaio falsario, cfr. anche ASMi, *Sforzesco*, 720, 1461.X.28; 1462.I.7; 1462.II.10; ASSo, AN, 306, foll. 137v-138v, 1462.I.28.

[21] ASSo, AN, 295, foll. 314r-315r, 1466.II.2; fol. 307r-v, 1466.III.2; ASMi, *Famiglie*, 150, *Quadrio*, 1470.XI.17; 15, *Beccaria*, s.d. (Beccaria); *Sforzesco*, 781, 1470.V.23; *Famiglie*, 150, *Quadrio*, s.d. (Carugo). Giovanni Brandano Quadrio espresse le sue lamentele nei confronti dell'agnato Francesco in ASMi, *Sforzesco*, 719, 1458.XII.19; 720, 1463.V.26; 1465.XI.17. Cfr.

In questo ricchissimo repertorio non mancò la causa ecclesiastica. Nel 1463 i Quadrio tentarono di far valere presso il tribunale diocesano il tenore della sentenza arbitrale di Prospero da Camogli – accusando gli uomini di non aver rispettato l'impegno giurato ad osservare il lodo che i loro procuratori avevano assunto nel *compromissum* – e le disposizioni delle lettere ducali che produssero durante il processo. L'infrazione del giuramento ricadeva infatti sotto la competenza del giudice ecclesiastico, che, assecondando le aspettative degli attori, condannò i due comuni; questi ultimi presentarono un'immediata istanza di appello a Roma, che in un primo momento fu respinta dal vicario, ma dovette poi avere corso l'anno seguente[22].

Non è noto l'esito della vertenza, che tuttavia premiò con ogni probabilità l'iniziativa comunitaria. A parte alcune recrudescenze, già alla metà degli anni Sessanta la lite era data per «sopita» e il comune procedeva alla liquidazione dei debiti contratti per sostenere gli oneri della causa; inoltre la disponibilità almeno del monte Ambria da parte delle comunità già dalla fine degli anni Sessanta e il saldo dei debiti accumulati nei confronti dei Quadrio fanno pensare alla definizione di un accomodamento che, in un modo o nell'altro, assicurò agli uomini l'uso degli alpeggi[23]. Era questa, infatti, la soluzione verso cui, in precedenza, si erano orientate le sentenze del commissario Prospero da Camogli, nella forma della locazione o dell'acquisto[24]; lo stesso Giovanni Brandano Quadrio si era già dichiarato disponibile a «dare a livello in laudo de comuni amici quili monti pro suo

ASMi, *Sforzesco*, 720, 1463.VIII.31. Per gli interventi di Francesco a favore degli uomini, cfr. ASSo, AN, 223, foll. 244v-245r, 1457.V.11; 224, foll. 146v-150r, 1459.XI.6. Sul Beccaria, cfr. M. DELLA MISERICORDIA, *La disciplina contrattata*, cit., pp. 311-333.

[22] La sentenza è in ASCo, AN, 19/21, foll. 446r-447v, 1463.XII.23. Cfr. anche le elezioni da parte dei due comuni per presentare al vescovo le *exceptiones* contro la scomunica comminata (ASSo, AN, 225, fol. 44r-v, 1463.IX.3) e per impetrare dal papa «quascumque bulas, rescripta et delegationes» circa l'appello presentato contro la sentenza emessa a favore dei Quadrio (ASSo, AN, 225, foll. 102v-104v, 1464.X.25), e il tentativo di tenersi lontani dal contenzioso fatto dai comuni limitrofi del Borgo di Treviso e di Acqua (ASDCo, *Bonorum ecclesiasticorum*, I, foll. 60r-61r, 1463.XII.22). L'istanza d'appello doveva essere sottoposta alla preventiva autorizzazione del vicario generale, che poteva pure negarla (C. BELLONI, *Francesco della Croce. Contributo alla storia della chiesa ambrosiana nel Quattrocento*, Milano 1995, p. 113).

[23] ASSo, AN, 295, foll. 314r-315r, 1466.II.2; fol. 307r-v, 1466.III.2 (da dove è tratta l'espressione cit.); fol. 316r-v, 1466.III.5; foll. 266v-267r, 1467.I.5; fol. 350v, 1473.VII.31; foll. 342r-343r, 1473.VIII.12; ASMi, AN, 2106, 1470.I.13; 2107, 1471.X.5, 22.

[24] ASMi, *Sforzesco*, 720, 1463.V.26; ASCo, AN, 74, foll. 88r-93r, 1465.XI.26.

uso a diti homini», proposta che tuttavia non aveva, almeno in un primo momento, accontentato le comunità[25].

2. *Le molte opzioni della giustizia ecclesiastica*

Una seconda vertenza sviluppatasi, a differenza della precedente, tutta nei tribunali della Chiesa, illustra quanto fosse ampio il ventaglio di metodi alternativi per condurre il contenzioso che le parti potevano rinvenire nell'ambito della stessa giurisdizione ecclesiastica. Ad opporsi furono altri esponenti dei Quadrio di Ponte e il comune di Grosio. I Quadrio detenevano il diritto di esigere la quarta parte della decima dei cereali, dei legumi, del lino, del vino, della canapa e della prole del bestiame nel territorio di Grosio: erano prerogative che la chiesa vescovile investiva in feudo alla nobile famiglia e che questa, a sua volta, concedeva in locazione al comune. Gli uomini, però, almeno dal 1465, interruppero il versamento del canone pattuito.

In un primo momento, nel 1466, Antonio Quadrio, i suoi figli emancipati Andrea e Brunasolo, suo nipote Simonino e il decano del comune di Grosio tentarono una composizione e si rimisero all'arbitrato di Giovanni *de Capretis*, vicario generale del vescovo di Como. Questi fu chiamato a dirimere la controversia «non tamquam vicarius neque officialis ... set tamquam fidissimus et communis earum partium ... amicus et confidens»: come tale avrebbe dovuto valutare l'entità dei crediti maturati dai Quadrio nei confronti del comune, per poi fissare l'ammontare del fitto, la durata e le nuove condizioni della futura locazione. Il lodo riconobbe il buon diritto dei vassalli e condannò gli uomini al pagamento dei fitti arretrati, ma senza penalizzarli: prevedeva infatti anche il rinnovo in perpetuo dell'investitura al comune per un censo assai modico e non suscettibile di aumento[26].

Al lodo che li condannava gli uomini risposero con un'arma di lotta antisignorile come si è visto già sperimentata: la resistenza passiva. Ignorandone le disposizioni – «licet pluries ... interpellati»[27] – non corrisposero per vent'anni il canone loro imposto. Nel frattempo conseguirono un importante titolo legittimante: nel 1475 il vescovo di Como li investì in feudo dei diritti

[25] ASMi, *Famiglie*, 150, *Quadrio*, 1470.XI.17.

[26] ASCo, AN, 19/21, foll. 532r-533r, 1466.VII.4 (frase cit. a fol. 532r); foll. 755r-756r, 1466.VII.5.

[27] ASCG, *SAR*, 41.2, 1487.IV.23.

di decima contesi, dopo che i Quadrio erano stati privati del beneficio per essere venuti meno agli obblighi cui erano tenuti i vassalli[28].

Di fronte all'incoercibile renitenza dei grosini, i Quadrio ricorsero ancora alla giurisdizione ecclesiastica, con l'intenzione pure di essere reintegrati nel loro feudo. Il tempo degli accordi era però evidentemente trascorso e i figli di Antonio, nel frattempo defunto, e Simonino scelsero non più la strada dell'arbitrato, bensì quella del processo. Nel 1487 ottennero dal vicario generale un monitorio che ingiungeva ai rappresentanti del comune di versare tutti gli arretrati o di presentarsi entro un termine fissato in curia a difendere la propria posizione.

Non confidando evidentemente nel buon esito di un procedimento avviato dall'iniziativa della controparte, i grosini scavalcarono il vicario e si rivolsero direttamente al vescovo Branda Castiglioni, indirizzandogli una supplica. Il presule, da Roma, la accolse e dispose la sospensione del processo. Subito dopo i Quadrio si appellarono a loro volta al presule, ottenendo che egli rimettesse di nuovo la causa al suo vicario. Da questo momento il processo continuò regolarmente, nonostante il procuratore di Grosio si adoperasse instancabilmente per interromperlo: interpose un appello in curia romana contro un nuovo precetto emanato dal vicario, appello che tuttavia venne respinto[29]; chiese una sospensione in virtù di un compromesso che le parti sarebbero state in procinto di definire.

La causa, vertente su questione di decima, che rientrava nella competenza *ratione materie* del giudice ecclesiastico, si allargò ad altri elementi, sempre coinvolgenti la *cognitio* del vicario, che furono sottoposti alla sua decisione: i Quadrio accusarono il comune di aver disatteso al primo lodo arbitrale (la lite giudiziaria poteva essere definita infatti «causa decimalis et ex causa arbitramentorum»)[30]; i grosini pretendevano il riconoscimento e il rispetto dell'investitura feudale relativa ai diritti contesi che erano riusciti a conseguire nel 1475.

Nonostante l'accusa fosse partita dai Quadrio, la sentenza, emessa dal vicario capitolare sede vacante in base al *consilium* di un membro del Collegio dei giurisperiti di Como, consulente del giudice con il consenso

[28] ASSo, AN, 252, foll. 279v-281r, 1475.IX.13. I Quadrio erano accusati di aver alienato e allivellato parte del beneficio senza l'assenso vescovile.

[29] Era infatti possibile avanzare un'istanza d'appello non solo contro una sentenza o singole disposizioni della medesima, ma pure durante lo svolgimento del processo, contro un precetto o un monitorio (C. BELLONI, *Francesco della Croce*, cit., pp. 114-115).

[30] ASCG, *SAR*, 41.2, 1487.IX.20.

delle parti, riconobbe le ragioni del comune di Grosio: gli uomini furono assolti dagli impegni contenuti nell'arbitrato ed esentati dall'obbligo di corrispondere qualsiasi fitto per il passato e per il futuro. Tuttavia sia il procuratore dei Quadrio che quello di Grosio, per motivi non precisati, forse perché la sentenza non riconosceva esplicitamente il comune come titolare unico dei diritti di decima, presentarono immediatamente istanza d'appello in curia romana[31].

Tra il processo di primo grado e l'appello il comune ottenne un'altra importante sanzione extraprocessuale: il nuovo vescovo Antonio Trivulzio rinnovò ai grosini l'investitura feudale dei diritti di decima, mentre di lì a pochi mesi rifiuterà in sostanza l'analoga richiesta dei Quadrio, rinviandoli diplomaticamente al suo vicario[32].

La prima sentenza d'appello, emessa a Milano nel 1488, riconobbe di nuovo le ragioni del comune e di nuovo i Quadrio si appellarono in curia romana[33]. A novembre si aprì, ancora a Milano, un ulteriore procedimento davanti ai due delegati apostolici.

Le fonti consentono, a questo punto, di evidenziare le risorse che il giudizio d'appello rendeva disponibili per le parti – al punto da caratterizzare profondamente un'intera fase del conflitto in corso – grazie alla particolare procedura, che qui interessa considerare in quanto generatrice di opportunità specifiche per i litiganti[34]. Le udienze dell'appello erano presiedute spesso da un collegio di giudici: dopo l'accoglimento del ricorso in curia pontificia, da Roma si delegava infatti la causa ad ecclesiastici della diocesi stessa o di quelle vicine, che avrebbero dovuto emettere concordemente la sentenza, ma le cui vedute non erano sempre convergenti. Le parti, suscitando o approfittando delle discrepanze tra le posizioni dei giusdicenti, potevano dispiegare un'articolazione più libera delle loro manovre rispetto a quanto avveniva nel processo di prima istanza, che, presieduto da un giudice unico – il vicario generale –, precludeva tali possibilità. In particolare i contendenti erano in grado di condizionare la composizione del collegio giudicante: non solo i delegati apostolici erano in genere più di uno fin dalla

[31] ASCG, *SAR*, 41.2, 1487.IV.23-IX.28; ASCo, AN, 75, foll. 299r-306r, 1487.IX.28.

[32] ASDCo, *VP*, 13, 1487.X.18 (cfr. ASCG, *SAR*, 41.2, 1489.I.23); ASMi, AN, 3539, 1488.III.6.

[33] ASMi, AN, 3539, 1488.X.26-27, XI.20.

[34] Cfr. M. VALLERANI, *Il sistema giudiziario del comune di Perugia. Conflitti, reati e processi nella seconda metà del XIII secolo*, Perugia 1991, p. XIII; R. AGO - S. CERUTTI, *Premessa*, alla sezione monografica *Procedure di giustizia*, in «Quaderni storici», 34, 1999, pp. 307-313.

prima udienza, ma nel corso del procedimento nuovi commissari potevano essere *adiuncti*, mentre altri si ritiravano, suddelegando a diversi ecclesiastici la causa oppure semplicemente abbandonandola. La ridefinizione della commissione avveniva sotto la continua pressione delle parti – tramite ricusazioni e suppliche indirizzate al papa – e anzi ne assorbiva molte delle strategie del conflitto. In questi mesi, infatti, il confronto tra Grosio e i Quadrio si concentrò nelle manovre processuali: i rispettivi procuratori contesero soprattutto cercando di conseguire la designazione di commissari ritenuti favorevoli, contestando la competenza di quelli nominati su sollecitazione dell'avversario, disertando le udienze presiedute da questi ultimi, mentre le parti che essi rappresentavano inviarono suppliche al pontefice, il tutto per fare in modo che il collegio che alla fine avrebbe emesso la sentenza escludesse giudici *suspecti* e comprendesse invece coloro nella cui benevolenza si confidava.

I primi delegati apostolici designati furono Bernardino Simonetta e Pietro Casola. Il procuratore del comune di Grosio contestò subito la loro competenza e presentò un'istanza d'appello in curia romana contro il mandato che loro avevano emesso; gli uomini di Grosio, poi, rivolgendo una supplica al papa in cui definivano i due commissari *suspecti*, ottennero la designazione di un terzo ecclesiastico, Nicola da Brusimpiano. Toccò adesso alla controparte contestare la competenza dell'*adiunctus*, alludendo alla sua parzialità, e ottenere la designazione di un quarto delegato, Giovanni Maria *de Lamayrola*, per contro subito ricusato dal procuratore del comune di Grosio. Tutte queste non appaiono esclusivamente manovre attendistiche: si possono effettivamente riscontrare inclinazioni non neutrali da parte dei diversi giudici, inclinazioni coerenti con le linee definite dal gioco delle opposte richieste di designazione e delle ricusazioni venute dalle parti. Spesso i delegati affiatati da una medesima propensione (Nicola da Brusimpiano e Pietro Casola favorevoli a Grosio, Bernardino Simonetta e Giovanni Maria *de Lamayrola* favorevoli ai Quadrio) presiedevano in coppia udienze separate che escludevano i colleghi discordi, incoraggiando i diversi procuratori a rivolgersi esclusivamente agli ecclesiastici di loro fiducia.

Di fronte al problema fondamentale dell'ammissione o meno dei *capitula probationis* che i Quadrio volevano produrre la polarizzazione è evidente: dopo che il procuratore di Grosio aveva liquidato questa richiesta come un espediente dilatorio, Nicola da Brusimpiano e Pietro Casola, in due occasioni, fissarono una data per l'emissione della sentenza così ravvicinata da non consentire l'escussione dei testi; Bernardino Simonetta e Giovanni Maria *de Lamayrola* ne stabilirono invece l'ammissione, suscitando il risoluto

ostruzionismo del procuratore di Grosio. Rovesciati specularmente sono anche i rapporti tra i procuratori delle parti e i giudici: nelle udienze presiedute da Nicola da Brusimpiano e Pietro Casola sono le istanze del procuratore di Grosio ad essere accolte e il rappresentante dei Quadrio ad essere destinatario di citazioni sollecitate dalla controparte, citazioni che quest'ultimo, infatti, non appena si trovò al cospetto di un collegio in cui era presente almeno uno dei giudici amici, contestò in quanto emesse da due soli delegati; l'esatto contrario si verificava nelle udienze presiedute da Bernardino Simonetta e Giovanni Maria *de Lamayrola*. Sia l'uno che l'altro procuratore tendevano inoltre a non presentarsi di fronte ai giudici ostili, offrendo così all'avversario la possibilità di accusarne la contumacia.

Dopo settimane di schermaglie, sembrò che le posizioni dei Quadrio potessero prevalere: il loro rappresentante lamentò che i suoi clienti «non sperant sub prefato domino Nicholao de Aplano ... consequi posse iusticie complimentum». Destinatario delle lagnanze era non a caso il *de Lamayrola*, che non deluse le attese: in assenza dei colleghi accolse la «requisitio» e si disse disponibile ad «iustitiam ministrare»[35]. In seguito però Nicola da Brusimpiano ebbe una nuova commissione ad ulteriore conferma dell'incarico, e il collegio, già diviso, si spaccò. In precedenza i giudici avevano anche preso iniziative comuni, oppure avevano presieduto udienze se non al completo, comunque senza una rigida ripartizione; da questo momento la coabitazione tra le due sezioni della commissione di tendenze opposte venne meno, a tutto vantaggio del comune di Grosio. Il procuratore dei Quadrio reagì molto duramente: rivolgendosi direttamente a Nicola da Brusimpiano, lo ricusò in quanto «suspectus et etiam suspectissimus», «amicissimus» dei grosini («pro eis omnia faceretis contra ipsos de Quadrio»). Ricordò, a suffragare i propri sospetti, che egli aveva declinato l'ammissione dei *capitula* presentanti a nome dei Quadrio, in seguito invece ammessi dai suoi colleghi, gli aveva assegnato un termine entro il quale comparire troppo ravvicinato perché gli fosse possibile dimostrare le proprie ragioni, aveva emanato un *preceptum* «in preiuditium ipsorum de Quadrio» senza l'assenso di Giovanni Maria *de Lamayrola*; infine affermò che «dixistis et dicere habuistis quod sententiam proferre volebatis in favore ipsorum de Grossio contra ipsos de Quadrio». Chiese pertanto che la sentenza fosse rimessa ai suoi colleghi o ad arbitri designati dalle parti. Nicola da Brusimpiano, consapevole della spaccatura in seno alla commissione dei giudici, si dichiarò intenzionato a procedere «cum quo ex collegis suis procedere voluerit et deinde iustitiam ministra-

[35] ASCG, *SAR*, 41.2, 1489.IV.9.

bit»[36] e, come prevedibile, fu affiancato dal solo Pietro Casola, colui con il quale anche nei mesi precedenti aveva trovato la maggiore sintonia nell'orientamento favorevole alla comunità. Inutilmente il procuratore dei Quadrio continuò a levare le sue proteste e ricordò come fosse stata concessa una dilazione per permettere la raccolta delle prove testimoniali: i due ecclesiastici, accogliendo invece le pressioni ad accorciare i tempi del procedimento più volte avanzate dal comune di Grosio, fissarono a più riprese una data assai prossima per l'emissione della sentenza. Molto probabilmente solo il fatto che essa non si sia conservata impedisce di individuare l'ultima testimonianza del favore dei due giudici per la comunità[37].

Dopo questa ulteriore sentenza, le parti abbandonarono il terreno dello scontro processuale e tornarono su quello dell'accomodamento, definendo, ad un anno di distanza, un accordo bilaterale. Consultato prima il vicario vescovile, che ratificò il «conscillium inter partes ipsas habitum pro dicta litte sopinda», la nobile famiglia rinunciò a tutti i suoi diritti di decima a favore del comune, che in cambio le versò 500 lire imperiali[38].

3. *L'iniziativa comunitaria*

Un terzo contenzioso oppose Ardizzone Cattanei de Valleve e i suoi consanguinei, esponenti di una potente famiglia bergamasca, ma da lungo tempo presente economicamente in Valtellina, e i comuni di Fusine e Colorina, affiancati, almeno in alcune fasi, dai consorti di Valmadre, probabilmente un gruppo di coresidenti dotato di una fisionomia istituzionale meno definita. Ad essere contesi dalla metà del secondo decennio del Cinquecento all'inizio degli anni Trenta dello stesso secolo furono pascoli e boschi delle valli Madre e Cervia, con i relativi diritti di pascolo, di caccia, di pesca, di tagliare legna, di estrazione dei metalli, appartenenti alla mensa vescovile

[36] ASCG, *SAR*, 41.2, 1489.IV.28.

[37] ASCG, *SAR*, 41.2, 1488.XI.21-1489.V.5. Per il primo processo d'appello, sebbene molto meno illuminato dalla documentazione, si potrebbe congetturare un andamento non diverso. Matteo de Clivio, uno dei due ecclesiastici in un primo momento delegati dal pontefice (ASMi, AN, 3539, 1488.III.6), era gradito ai Quadrio, al punto che il loro procuratore, quando ricusò Nicola da Brusimpiano nel secondo processo d'appello avanzando l'alternativa di un arbitrato da rimettere a due mediatori di fiducia, propose il suo nome (ASCG, *SAR*, 41.2, 1489.IV.28); significativamente Matteo non faceva parte del collegio di commissari che, alla fine del primo procedimento, emise la sentenza favorevole al comune di Grosio (ASMi, AN, 3539, 1488.X.26-27, XI.20).

[38] ASCG, *SAR*, *Fondo pergamenaceo*, 221, 1490.VII.9.

e collocati nel territorio dei due comuni, beni e diritti stimati di valore superiore ai 50.000 ducati[39].

Focolaio del conflitto fu ancora una volta il groviglio degli stratificati e frammentati diritti sulle cose. I *montes* di Ambria, Venina e Ròdes erano contesi tra i Quadrio, che se ne volevano proprietari in quanto destinatari di una donazione, e i comuni, che se ne dicevano a loro volta proprietari e ritenevano gli esponenti della famiglia nobile dei semplici utilisti. La decima di Grosio era concessa in feudo ai Quadrio, da questi affidati in locazione al comune, che tuttavia intese promuovere la propria posizione, divenendo vassallo direttamente della chiesa vescovile. Nel contenzioso tra i de Valleve e le comunità di Fusine e Colorina la sovrapposizione dei diritti dei direttari e degli utilisti sugli alpeggi, che l'episcopio conferiva in quote a diversi vassalli, era ancora più tormentata. Nei secoli precedenti i pascoli erano appartenuti ai diversi rami dei Capitanei di Sondrio, i *domini plebium*, investiti dalla chiesa vescovile. Nel 1351 un loro ramo aveva ceduto la sua porzione al comune di Berbenno, da cui si erano in seguito separate Fusine e Colorina, aggregazioni sub-comunali divenute poi comuni autonomi. Un'altra frazione degli stessi diritti era da lungo tempo sub-affidata da un diverso ramo dei Capitanei di Sondrio e poi dai Beccaria, eredi del loro potere, del loro patrimonio e del feudo vescovile, ai Cattanei de Valleve[40]. La transazione che le parti stipularono alla fine del contenzioso consistette, di conseguenza, in un bilanciamento sofferto e sottile di diritti, che, ferme restando le prerogative dell'episcopio e dei Beccaria, riservò alcune quote degli alpeggi al godimento esclusivo dell'una o dell'altra parte e che definì, per diverse porzioni, la coabitazione tra i de Valleve in quanto concedenti e gli uomini in qualità di concessionari. A inasprire la tensione era poi la questione della commercializzazione libera o vincolata dei prodotti, tanto che il medesimo accordo finale prevedeva che, se gli uomini avessero voluto vendere cortecce, legna ed *herba* a forestieri bergamaschi, avrebbero dovuto in primo luogo avanzare l'offerta d'acquisto ai signori[41]. Presto la vertenza si allargò dal possesso dei *montes* anche al pagamento dei *fructus* per gli alpeggi di cui le comunità continuavano a godere senza corrispondere alcunché.

[39] ASCF, SA, X.7.18, fol. 6v, 1525.VIII.30.

[40] ASDCo, *Mensa Vescovile, Investiture feudali, Volumina Magna*, VI, fol. 45v, 1351.VII.23; ASDCo, *VP*, 26, fol. 2r, 1452.VII.1. Documenti e notizie utili sulle due comunità sono in G. Da Prada, *La Magnifica Comunità et li Homini delle Fusine*, 5 voll., I, Fusine 1980; II, *La Val Madre*, Fusine 1981.

[41] ASCF, SA, X.7.18, 1525.VIII.30; X.7.35, 1530.X.7.

Anche in questa occasione le risorse mobilitate dalle parti furono assai ampie: contemporaneamente allo svolgimento dei processi, le comunità reiterarono gli atti possessori sugli alpeggi contesi; i de Valleve ricorsero alla violenza, o meglio, furono accusati di avervi fatto ricorso, e ripararono sotto la protezione del signore locale Niccolò Beccaria; entrambe le parti tentarono soluzioni negoziali[42]. Ancora una volta, dunque, la vertenza coinvolse una pluralità di opzioni, non solo nel senso di una sequenza di tentativi nelle diverse direzioni, ma di un ventaglio di alternative che rimaneva aperto in ogni momento: nel 1527 i de Valleve designarono un esponente dell'agnazione perché, a nome di tutti, conseguisse l'esecuzione dei più severi provvedimenti stabiliti, come si vedrà, dai giudici della Rota di Roma («ad petendum brachii secularis auxilium»), riscuotesse i risarcimenti dovuti dagli uomini e, al contempo, senza porre nessuna discontinuità tra i due versanti dell'azione, perché stabilisse con questi un accomodamento[43].

Rispetto però ai precedenti casi esaminati, in cui le comunità furono senz'altro attive ma furono in genere le controparti a trascinarle in giudizio, questa vicenda rivela una più compiuta iniziativa processuale degli uomini e consente di illustrare, inoltre, il protagonismo di aggregazioni collettive più modeste. L'intraprendenza dei comuni di Tresivio Monte, Tresivio Piano, Grosio era il movimento efficace di istituzioni solide e radicate (Tresivio era un antico centro plebano, organizzatosi in comune almeno dal XIII secolo, come Grosio), di organismi che rappresentavano centri popolosi e dalla società stratificata. Tra i *nobiles* di Grosio inoltre erano i Venosta: dunque, nel momento della contrapposizione ai Quadrio, convergevano e si riconoscevano nell'iniziativa comunitaria gli esponenti di una delle più potenti famiglie della valle, non certo inferiore, nella disponibilità di risorse materiali, simboliche, di credito politico anche presso le autorità centrali, ai pur influenti antagonisti. I centri di Fusine e Colorina si situavano ad un livello minore nel panorama, tutt'altro che uniforme, dei comuni valtellinesi. Erano insediamenti meno popolosi, dalla gerarchia sociale più appiattita, divenuti per di più comuni autonomi solo pochi decenni prima dell'insorgere della lite. Si collocavano infine in un territorio meno

[42] I comuni accusarono Ardizzone de Valleve di aver fatto uccidere un loro procuratore e di aver abusato di una sua consanguinea, addebiti declinati dall'interessato (ASCF, SA, X.7.18, foll. 12v-14r, 1525.VIII.30). Per quanto riguarda i rapporti con il più potente nobile locale, i de Valleve si affidarono al «magnificus et aureatus eques» Niccolò Beccaria allo scopo di riscuotere dagli uomini dei comuni di Fusine e Colorina quanto dovuto a risarcimento delle spese di un primo processo (ASDCo, *VP*, 26, fol. 8r, 1516.X.14).

[43] ASCF, SA, X.7.25, 1527.XI.30.

agrarizzato rispetto a quello organizzatosi attorno ai centri di Tresivio e Grosio, che vincolava più direttamente gli abitanti a risorse come il bosco e il pascolo, oggetto appunto della controversia[44].

Non sono note le prime fasi del contenzioso: in ogni caso nel 1517 si ricordava già che la «causa fu agitata molto in longo con grandissime spese de procuratori et processi», ed era in corso da almeno tre anni[45]. Nel 1516 mentre il processo, avviato ad istanza dei de Valleve, si andava svolgendo di fronte al vicario del capitano di Valtellina, nonostante «litte pendente nihil debeatur innovare», i de Valleve inviarono sugli alpeggi alcuni allevatori di altri comuni con il bestiame loro affidato. Gli uomini di Fusine e Colorina accusarono la famiglia di spogliarli dei diritti di possesso e, assumendo la prima iniziativa, ottennero che, su loro istanza, il vicario del capitano di valle emettesse un precetto con il quale disponeva che i pastori abbandonassero i pascoli con il loro bestiame e imponeva ai de Valleve di comparire in tribunale per presentare le loro ragioni.

Nonostante la prima mossa delle comunità avesse ottenuto successo, la sentenza ne frustrò le aspettative: riconobbe infatti i de Valleve «possessores»

[44] Nella carenza di dati demografici per la Valtellina tardo-medievale è necessario servirsi di indicazioni frammentarie. Negli anni delle vertenze che li coinvolsero, al consiglio di vicinanza di Grosio convenivano i rappresentanti di circa 170 fuochi (ad es. ASSo, AN, 417, fol. 51r-v, 1483.XII.11), più o meno come a quelli congiunti dei comuni di Tresivio Monte e Tresivio Piano (ad es. ASSo, AN, 142, foll. 138v-139v, 1460.XI.10), mentre erano solo una cinquantina quelli che si radunavano a Colorina (ASCF, *SA*, Z.9.1, 1530.V.7). Negli atti della visita del vescovo Ninguarda del 1589, cui si devono le prime stime di una certa omogeneità, i fuochi dei villaggi dell'*oppidum sparsum* di Tresivio e dei centri unitisi contro i Quadrio erano valutati essere oltre 550, quelli di Grosio 500, di Fusine 200, di Valmadre 30 (per un ammontare complessivo di 178 persone, come si precisava eccezionalmente), di Colorina 60: S. MONTI (ed), *Atti della visita pastorale diocesana di F. Feliciano Ninguarda vescovo di Como (1589-1593)*, Como 1903 (ristampa anastat., Como 1992), pp. 294, 297, 314 ss., 360. La più antica attestazione dell'organismo comunale di Grosio è in ASCG, *SAR*, *Fondo pergamenaceo*, 1, 1291.XII.30; una ancora più precoce attestazione di quello di Tresivio risale al 1235: *Archivio storico del Santuario della Beata Vergine di Tirano. Inventario d'archivio (1078-sec. XX)*, Milano 1996, p. 48, doc. 123. Il numero degli abitanti del comune di Tresivio deve essere computato considerando che nella vertenza erano coinvolte le contrade di Agneda, Paiosa, Boffetto, Ambria, Vedello, Piateda, Bessega, mentre più controversa rimase la partecipazione della *squadra* e poi comune di Acqua e del comune di Borgo di Treviso (ASMi, *Sforzesco*, 1622, 1459.XI.8; ASDCo, *Bonorum ecclesiasticorum*, I, foll. 60r-61r, 1463.XII.22, ASMi, *Comuni*, 87, Valtellina, s.d.). Sui Venosta, cfr. M. DELLA MISERICORDIA, *La disciplina contrattata*, cit., pp. 153-156, con bibliografia.

[45] ASDCo, *VP*, 26, fol. 10r, 1517.II.17 (da cui è tratta la frase cit.); fol. 7r, 1517.II.19. Nella prima sentenza conservatasi, in ASCF, *SA*, X.7.16, fol. 4v, 1516.IX.19, il giudice ricorda «certos processus alias factos inter dictas partes coram nobis».

degli alpeggi e condannò gli uomini alle spese processuali[46]. A questo punto i comuni rispolverarono la natura feudale dei beni contesi e la loro appartenenza all'alto dominio della chiesa vescovile, interessando della questione il tribunale diocesano. Lì conseguirono un inibitorio perché non si procedesse oltre nell'esecuzione della sentenza, ossia nella stima delle spese processuali, tuttavia disatteso dai magistrati della repubblica delle Tre Leghe, e l'apertura di un procedimento contro Ardizzone de Valleve e consorti. L'esito della causa ecclesiastica premiò l'opzione dei comuni con una sentenza del vicario episcopale che li riconobbe «veri possessores» degli alpeggi, annullò la precedente decisione del giudice laico, condannò i de Valleve al risarcimento delle spese[47].

Entrambe le parti si appellarono: i de Valleve contro la sentenza, le comunità contro una stima delle spese sostenute ritenuta inadeguata. Le successive cause d'appello condussero alla consueta designazione papale di *plures iudices*. Alle manovre dei contendenti per ottenere delegati favorevoli impresse un orientamento peculiare la loro appartenenza a diverse diocesi: questo indusse le comunità a sollecitare la designazione di ecclesiastici comaschi, i *domini* quella di ecclesiastici bergamaschi. Quando i de Valleve conseguirono la nomina del priore di Sant'Alessandro di Bergamo e del vicario vescovile ancora di Bergamo, le comunità, espressamente contro giudici «ipsis adversariis ... favorabiles et hominibus valde suspecti ... ex sua diocesi», chiesero e ottennero che la causa fosse riservata al tribunale della Rota di Roma. In un primo momento l'iniziativa romana fu ancora tutta delle comunità: era su loro istanza che l'uditore rotale emise il mandato che imponeva ai de Valleve di presentarsi entro un termine fissato e l'inibizione che impediva agli stessi de Valleve e a tutti i giudici di proseguire qualsiasi azione giudiziaria, provvedimento quest'ultimo dichiaratamente inteso ad evitare qualsiasi *gravamen* e *preiudicium* dei diritti delle comunità[48].

I comuni giocarono anche a Roma la carta della tutela delle prerogative della mensa episcopale di Como, cui fin dall'inizio avevano agganciato la propria difesa, affermando che la proprietà dei monti spettava alla chiesa vescovile e difendendo le proprie ragioni di possessori in qualità di suoi

[46] ASCF, *SA*, X.7.16, 1516.IX.19; il precetto emanato ad istanza dei comuni è riportato ai foll. 1v-3r.

[47] ASDCo, *VP*, 26, fol. 5r-v, 1517.II.11; ASCF, *SA*, X.7.24, foll. 1r-2r, 1520.V.25. Anche i procuratori della mensa vescovile furono in causa con i de Valleve: ASDCo, *VP*, 5, 1517.I.8-9.

[48] ASCF, *SA*, X.7.17, 1517.III.20 (frase cit. a fol. 1v). Sul tribunale della Rota, vedi N. DEL RE, *La curia romana. Lineamenti storico-giuridici*, Roma 1970[3], pp. 244 ss.

vassalli. Già nel primo processo davanti al vicario del capitano di Valtellina avevano appoggiato le loro rivendicazioni agli «instrumenta investiturarum mense episcopalis factarum» al comune di Berbenno *versus Plateam* e *versus Fuxinas* (il più ampio organismo territoriale che in passato aveva compreso le due comunità)[49]. Si erano per questo rivolti al tribunale ecclesiastico; ancora richiamandosi alla natura di *res ecclesiastica* dei beni contesi e al loro valore superiore ai 1.000 ducati avevano aggirato le competenze di delegati apostolici ritenuti sfavorevoli e ottenuto che la causa fosse avocata in curia papale[50]. Anche a Roma gli uomini difesero i loro diritti in quanto vassalli dell'episcopio e reclamarono la tutela delle prerogative della mensa[51]. Inoltre, in alcune fasi, agirono di concerto con la chiesa vescovile comasca: le iniziative processuali (la richiesta di convocare la controparte e di inibire la competenza di qualsiasi altro giudice, l'appello contro la prima sentenza rotale sfavorevole) erano promosse sia dall'episcopio che dalle due comunità, e i conseguenti provvedimenti associavano, con l'obiettivo di salvaguardarli, gli *iura* della prima a quelli delle seconde[52]. Tuttavia una sequenza di cinque sentenze della Rota riconobbe i diritti dei de Valleve, condannando i comuni al pagamento dei fitti arretrati e al risarcimento delle spese[53].

I comuni perseguirono dunque instancabilmente la via giudiziaria: si rivolsero al magistrato grigionese, poi al vicario episcopale e anche a Roma, seppure sempre soccombenti, continuarono a inoltrare istanze d'appello. Sempre a Roma fecero ricorso, come la controparte, alle solite strategie processuali, sfruttando sia le opportunità che la procedura metteva a disposizione, sia quelle risorse che, pure strettamente legate all'andamento del processo, si ponevano tuttavia al di fuori dell'ambito della legalità. I due comuni accusarono i de Valleve, in occasione del primo processo, di aver approfittato della morte del loro procuratore «calide et malitiose», accorciando i tempi in cui si era giunti alla sentenza, e di avere in questo modo prevenuto ogni possibile loro iniziativa[54]. La velocità era ancora

[49] ASCF, *SA*, X.7.16, fol. 4v, 1516.IX.19.

[50] ASCF, *SA*, X.7.17, fol. 1v, 1517.III.20.

[51] ASCF, *SA*, X.7.14, 1525.I.23.

[52] ASCF, *SA*, X.7.17, foll. 2v-3r, 4v-5r, 1517.III.20; X.7.14, fol. 10r, 1525.I.23; X.7.18, fol. 8v, 1525.VIII.30. Era così forte l'associazione tra i diritti dei comuni e quelli della mensa episcopale che, nella convenzione finale del 1533, da parte dei de Valleve si volle dichiarare di riconoscere i soli Beccaria e non la chiesa vescovile come titolari della proprietà eminente sui *montes* (ASCF, *SA*, X.20.21, 1533.X.30).

[53] Sono tutte ricordate in ASCF, *SA*, X.7.14, foll. 2v ss., 1525.I.23.

[54] ASCF, *SA*, X.7.14, foll. 9v-10r, 1525.I.23.

sfruttata dai de Valleve contro la mossa dei comuni, che avevano ottenuto da parte del governatore di Roma una citazione degli avversari e una sospensione dei precedenti provvedimenti: i nobili chiesero infatti che l'uditore di Rota che aveva ricevuto l'apposita commissione accordasse loro la conferma dell'autorizzazione a ricorrere al potere laico per l'esecuzione delle sentenze – provvedimento che essi avevano richiesto – procedendo anche nei giorni festivi, senza alcuna interruzione, nella propria casa d'abitazione, nonostante l'inibizione emessa dal governatore di Roma[55]. I litiganti inoltre si accusarono reciprocamente di corruzione e di aver manipolato le testimonianze: i de Valleve rinfacciarono alle comunità di aver prodotto «testes falsi», le comunità alla controparte di aver intimidito i loro testimoni[56].

Parallelamente alla soluzione processuale, però, e a maggior ragione dopo il suo fallimento, gli uomini fecero ricorso, come quelli di Tresivio Monte, Tresivio Piano e Grosio, all'*occupatio*. Essi optarono, cioè, per l'esercizio di fatto dei diritti di cui inutilmente avevano chiesto il riconoscimento giudiziario: la «possessio, tenuta et pacifica vel quasi predictorum montium et alpium» esercitata «de quibus ... tenendo, gaudendo et alpezando, boschezando et possidendo et de illis fatiendo et disponendo prout fatiunt et disponunt veri domini»[57]. Di fronte alla «contumacia et inobedientia» degli uomini alle sentenze, i provvedimenti presi a Roma si rincorrevano, divenendo via via più severi: contro i «rebelles et inhobedientes», dopo le vane *littere executoriales*, furono comminati la scomunica, l'*agravatio* e la *reagravatio* della scomunica stessa, l'interdetto, che vietava l'amministrazione dei sacramenti e la sepoltura nel territorio dei due comuni, la finale invocazione dell'ausilio del braccio secolare, ossia l'appello alle magistrature laiche perché procedessero all'incarcerazione degli abitanti di Fusine e Colorina, al sequestro dei loro averi e alla presa del possesso dei beni disputati. Tutto ciò non riuscì a costringere gli uomini ad interrompere la continuità del godimento degli alpeggi o a corrisponderne i *fructus* alla controparte[58].

Dai tribunali papali tuttavia non vennero solo condanne e disposizioni cui resistere: gli uomini infatti trovarono a Roma un prezioso alleato, le cui manovre permisero loro di prolungare l'esercizio del possesso sugli alpeggi. Il loro procuratore e alcuni testimoni erano stati, come si diceva, accusati

55 ASCF, *SA*, X.7.18, fol. 15v, 1525.VIII.30. Cfr. *infra*, n. 59 e testo corrispondente.

56 ASCF, *SA*, X.7.14, fol. 19r-v, 1525.I.23; X.7.18, foll. 6r-v, 8v-9r, 12r, 1525.VIII.30.

57 ASCF, *SA*, X.7.24, fol. 1v, 1520.V.25.

58 ASCF, *SA*, X.7.14, 1525.I.23 (espressioni cit. a foll. 21v e 23r).

di falso: furono pertanto condannati all'umiliazione di salire le scale di San Pietro «cum infami mitra» e quindi al lavoro coatto nelle galere. Riscattatosi dalla condanna e tornato a Roma desideroso di rivalsa, il procuratore aveva accusato di omicidio Ardizzone de Valleve presso il procuratore del fisco, ne aveva ottenuto, da parte del governatore di Roma, la scomunica, la citazione in giudizio e, a favore delle comunità, aveva conseguito un'inibizione che sospendeva l'esecuzione delle sentenze e di tutti i provvedimenti loro sfavorevoli. La supplica dei de Valleve utilizzò l'efficace metafora dello scudo per rappresentare la protezione che gli uomini, dopo le cinque sentenze contrarie, avevano trovato sotto queste ultime disposizioni, che consentivano loro di protrarre l'accanito godimento dei pascoli[59]. La nobile famiglia bergamasca fu così costretta ad ottenere una conferma della possibilità di ricorre all'ausilio del braccio secolare, inevitabile per conseguire l'esecuzione delle sentenze, che effettivamente fu accordata[60]. In seguito nuovi espedienti dilatori permisero ai comuni di ritardare ulteriormente l'attuazione dei provvedimenti della Rota, che Ardizzone de Valleve sollecitò ripetutamente davanti al capitano di valle e poi al suo reggente: nel 1530, a cinque anni dalla conferma della possibilità di ricorrere al braccio secolare, attendeva ancora, e poteva affermare che ormai dal 1514 i comuni percepivano i redditi dei beni contesi[61].

Ai processi e all'ostinata continuità del godimento comunitario si erano affiancate le trattative per definire una transazione. Come mediatori si erano adoperati il signore di Sondrio Niccolò Beccaria, i notabili locali, gli ufficiali grigionesi o i loro luogotenenti reclutati in valle, i magistrati bergamaschi: tutti loro erano ricordati tra quanti avevano indotto le parti a stipulare gli accordi, li avevano approvati o erano stati presenti alla loro formalizzazione documentaria[62]. Alla fine la sospirata transazione fu

[59] Le comunità «sub clipeo dicte inhibitionis se in suo spolio confortate et iudicato non parent, censuras vilipendunt et in illis insordeschunt et in dies magis rebelles efficiuntur, et premissa crimina fuerunt per dictum falsarium instigatorem confecta» (ASCF, *SA*, X.7.18, foll. 12r-14r, 1525.VIII.30, frase cit. a fol. 13v). Si tratta dell'omicidio cui si accenna *supra*, n. 42, che l'interessato datava a prima dell'inizio della causa, e per il quale diceva di essere già stato assolto. Sulle competenze giurisdizionali del procuratore del fisco e del governatore di Roma, vedi N. Del Re, *La curia romana*, cit., pp. 299, 302-303.

[60] ASCF, *SA*, X.7.18, 1525.VIII.30.

[61] ASCF, *SA*, X.7.35, fol. 1v, 1530.X.7. Precedenti tentativi di ottenere l'esecuzione delle sentenze (ASCF, *SA*, X.7.25, 1527.XI.30) dovevano essere andati a vuoto.

[62] ASCF, *SA*, X.7.24, foll. 2r, 5r, 1520.V.25; X.7.23, foll. 2v-3r, 9r-v, 1522.XII.11; X.7.35, foll. 1v-2r, 1530.X.7; X.20.21, 1533.X.30. Testimonia le trattative in corso anche ASCF, *SA*, X.7.25, 1527.XI.30.

effettivamente conclusa. Già nel 1520 Antonio de Valleve rinunciò a tutti i suoi diritti sui monti a favore dei comuni, in cambio del versamento di 425 lire imperiali, scomparendo dal teatro del conflitto[63]. Nel 1522 gli altri membri dell'agnazione – Ardizzone e i suoi consanguinei – promossero un primo tentativo di composizione con il solo comune di Colorina[64]; nel 1530 gli stessi de Valleve definirono una transazione con entrambi i comuni. L'accordo finale conferma l'efficacia dei metodi di resistenza adottati dalle comunità: dopo anni di occupazione di fatto dei *montes*, infatti, esse riuscirono ad ottenere una definizione della coabitazione con i de Valleve molto favorevole rispetto non solo alle sentenze romane, unilaterali riconoscimenti delle pretese dei *domini*, ma pure agli stessi primi, mai eseguiti, patti del 1522. Allora infatti gli uomini di Colorina si erano impegnati ad osservare le decisioni degli uditori rotali e avevano accettato una limitazione della propria posizione al rango di concessionari dei de Valleve. Adesso le assai sfavorevoli sentenze romane erano rievocate, ma senza più nessuna clausola che vincolasse i comuni al loro rispetto. Inoltre, come già previsto nel 1522, alcune quote dei pascoli venivano riservate al godimento esclusivo dei de Valleve, altre, riconosciuto il *dominium* dei possidenti bergamaschi, sarebbero state locate alle comunità; ulteriori porzioni, però, a differenza di quanto sancito nel 1522, sarebbero divenute di esclusiva disponibilità degli uomini. Oltre al canone dovuto «pro ficto et recognitione dominii», Fusine e Colorina assicurarono il pagamento di 3.500 lire imperiali, a riscatto dei beni, cui se ne aggiungevano altre 100 «in solutione expensarum»[65]. Dopo tre anni a quanto pare pacifici, durante i quali le comunità cominciarono a saldare il loro debito, l'accordo fu ratificato, adesso in presenza di un procuratore del vescovo di Como, che prestò il suo assenso[66].

Tutte queste transazioni economiche mutuavano le forme solenni delle pratiche infragiudiziarie di composizione bilaterale ed extraprocessuale, ma con forti ricadute sul processo, dei conflitti interpersonali. Come quelle erano sancite grazie alla mediazione dei magistrati pubblici e con il concorso di mediatori di cui erano ricordati i nomi. L'accordo del 1530 – ratificato poi sotto giuramento nel 1533 – era definito «finis pacis et concordie», e impegnava le parti a rinunciare, come nella *pax*, a tutte le controversie

[63] ASCF, *SA*, X.7.24, 1520.V.25. La rinuncia di Antonio fu poi sfruttata dalle comunità anche in sede processuale, per chiedere la revisione di una sentenza rotale (ASCF, *SA*, X.7.18, fol. 8v, 1525.VIII.30).

[64] ASCF, *SA*, X.7.23, 1522.XII.11.

[65] ASCF, *SA*, X.7.35, 1530.X.7.

[66] ASCF, *SA*, X.20.21, 1533.X.30.

«tam in foro seculari quam ecclesiasticho, et tam in curia romana quam alibi», e i de Valleve ad acconsentire alla liberazione degli uomini dalla scomunica comminata dalla Rota romana. Anche nelle altre convenzioni la rinuncia al processo era sempre contemplata: nel 1520 le parti suggellarono con il giuramento i patti stipulati (come avevano fatto i Quadrio nella transazione con il comune di Grosio) e Antonio de Valleve nominò procuratori perché notificassero l'avvenuto accordo all'uditore rotale e al vicario del vescovo di Como o ad un suo *sindicus*. Nei *pacta* del 1522 le parti si obbligarono sotto giuramento al rispetto dei capitoli convenuti e gli uomini si vincolarono esplicitamente ad astenersi da ogni rivendicazione giudiziaria dei loro diritti[67].

4. *Processo e pratiche alternative nella resistenza comunitaria*

Quelli ripercorsi sono solo gli episodi meglio documentati di una tensione generalizzata tra comunità e detentori privilegiati di prerogative signorili canalizzatasi nelle cause ecclesiastiche. Le tre famiglie che nel tardo medioevo godevano della più radicata influenza in Valtellina – Quadrio, Venosta, Beccaria – videro tutte contestato il loro diritto di esigere la decima. Benedetto Venosta e i suoi *consortes* furono per questo in causa con la comunità di Sernio[68]. Nel secondo decennio del Cinquecento emersero i primi segnali di quell'attrito tra i comuni delle pievi di Sondrio e di Berbenno da una parte e i Beccaria e le famiglie di collettori della decima loro associate dall'altra, sfociato nella più vasta e radicale sollevazione antisignorile valtellinese, che, nel 1572, a partire appunto dal diritto di decima, si allargò ad una complessiva contestazione del potere dei *domini*. Cinquant'anni prima della ribellione il confronto tra i suoi futuri protagonisti era già in corso e si andava snodando attraverso i vari gradi della giurisdizione ecclesiastica: aveva trovato una prima espressione nei processi davanti al vicario vescovile – in cui l'iniziativa fu ora dei signori, a tutela delle prerogative che spettavano loro in qualità di vassalli episcopali, ora degli uomini – in più cause d'appello, in tentativi di composizione che non riuscirono tuttavia risolutivi[69].

[67] ASCF, *SA*, X.7.24, fol. 4v, 1520.V.25; X.7.23, foll. 3v-4r, 8v, 1522.XII.11; X.7.35, foll. 1v, 4v-5r, 1530.X.7; X.20.21, 1533.X.30.

[68] ASDCo, *VP*, 60, fol. 9r, 1494.III.4; fol. 11r, 1494.III.20, 22.

[69] ASDCo, *VP*, 5, 1513.VIII.4, 20; 6, sez. 3, fol. 6r, 1514.VI.27; fol. 7r, 1514.VII.15; fol. 8r, 1514.VII.20; ASCo, AN, 133, foll. 77r-94v, 1515.VIII.14; foll. 257r-258v, 1517.III.14; foll. 354r-356v, 1517.V.23; foll. 384r-385v, 1517.V.26; 132, foll. 302r-303v, 1517.VII.18; 133, foll.

Anche altrove, nell'episcopato comasco, i rapporti erano tesi. Le comunità costituenti il comune di San Siro sul Lario negarono a lungo ai della Torre di Rezzonico – vassalli vescovili, esponenti del patriziato comasco e forti in quell'area di un'antica e radicata presenza patrimoniale – la corresponsione delle decime dei cereali, dei legumi, del vino, dell'olio e degli animali allevati. Nel 1471 i nobili cittadini vinsero la causa ecclesiastica, ma dopo almeno dieci anni di astensione degli uomini dalle corresponsioni[70]. In Ticino, la «pravitas», l'«iniqua obstinatio» e la «potens resistentia» con cui gli uomini di Val Maggia rifiutarono le decime a Maffiolo Muralto, esponente della consorteria signorile dei Capitanei di Locarno, indussero quest'ultimo a cederle ai comuni della valle, a quanto risulta senza nemmeno un tentativo di difesa giudiziaria delle sue prerogative[71]. Luigi e Pietromartire della Torre di Rezzonico, Antonio Brentani, Nicola de Piro (esponente di una famiglia di Como da tempo trapiantatasi nel borgo di Chiavenna), Gian Battista Peverelli, membro del patriziato chiavennate, furono nel 1542 in causa con i comuni della Valchiavenna – con il florido capoluogo e con i più piccoli centri di Mese, Gordona, Prata – a causa del possesso dei prati e degli alpeggi ovvero dell'erbatico nei territori di Samolaco e Mezzola della stessa valle. Ad essere contesa era l'esazione del *fictum* dovuto per le bestie forestiere condotte al pascolo: del diritto di riscossione pare che, ancora una volta, i comuni fossero stati sub-conduttori e, sostenuti in questa azione dal nuovo governo delle Tre Leghe, avessero poi negato del tutto le prerogative degli intermediari[72].

La resistenza comunitaria non si espresse però sempre nel linguaggio del processo, indirizzandosi pure verso modi di opposizione più aspra, e percepiti dalle controparti aristocratiche e dalle autorità politiche come minacciose insubordinazioni. Innanzi tutto una possibile via per affermare diritti alternativa alla causa giudiziaria era l'iterazione degli atti possessori. Tagliare legna, inviare le bestie al pascolo, compiere insomma le pratiche

234r-239r, 370r-379r, 1517.X.29. I comuni implicati erano Postalesio, Cedrasco e Castione. Accanto ai Beccaria erano esponenti delle famiglie Lavizzari, Pellegrini, compartecipi dei diritti di decima, e l'arciprete di Sondrio. Sulla ribellione del 1572, vedi A. ROTONDÒ, *Esuli italiani in Valtellina nel Cinquecento*, in «Rivista Storica Italiana», LXXXVIII, 1976, pp. 756-791, pp. 761-771; C. DI FILIPPO BAREGGI, *Le frontiere religiose*, cit., pp. 151 ss.

[70] ASDCo, *VP*, 14, 1471.V.9.

[71] ASDCo, *VP*, 14, 1444.IX.16; G. WIELICH, *Il Locarnese negli ultimi tre secoli del medioevo. Dal Barbarossa al dominio svizzero. Parte seconda: la storia interna*, in «Archivio Storico Ticinese», 9, 1968, pp. 273-278, p. 280, nota 25.

[72] ASDCo, *Mensa vescovile*, fasc. 1, cart. 24, *del Pero*, 1542.XI.7, XII.22. Cfr. G.B. CROLLALANZA, *Storia del contado di Chiavenna*, Chiavenna 1898[2], p. 216.

d'uso dei beni che si rivendicavano, erano modi per conseguire o corroborare diritti di possesso. Nella stessa logica, la prolungata renitenza al versamento della decima, impedendo l'esercizio continuo delle prerogative che si contestavano, aveva per converso l'obiettivo di annichilire il diritto della controparte. Aver resistito alle pressioni dei Quadrio consentì infatti ai grosini di affermare di essere «in possessione pacifica decime ... non solum per decennium sed ultra»; allo stesso modo gli uomini del comune lariano di San Siro, renitenti al pagamento della decima dovuta ai della Torre di Rezzonico, invocarono la *prescriptio* del diritto degli avversari[73]. Perpetuare i gesti dell'appropriazione di un bosco o di un pascolo, sospendere la corresponsione di una decima non erano dunque solo prove di forza: erano anche azioni che, intenzionalmente e programmaticamente, volevano creare, mantenere vivo o cancellare un diritto. Gli uomini del tempo non avevano esitazioni nel riconoscere il consapevole progetto di affermazione o negazione di prerogative che dettava quelle pratiche: gli uomini di Fusine e Colorina percepirono immediatamente la minaccia che era nell'iniziativa assunta dai de Valleve nelle prime fasi della vertenza, i quali «ausu temerario et de facto, non expectata littis diffinitione», avevano inviato alcuni allevatori «ad pasculandum ipsum montem ..., animo et intentione ipsos delle Fuxinis et Collorina de facto spoliandi et privandi dicta eorum possessione, cum de iure non possunt», e prontamente ottenero che il giudice emettesse un precetto che li fermasse.

A quegli atti, compiuti o intenzionalmente mancati, ricorsero Tresivio Monte e Tresivio Piano, Grosio, Fusine e Colorina contro lodi e sentenze sfavorevoli. Talvolta i giudici percepirono chiaramente tale linguaggio come minaccioso e alternativo. Nel ricordato precetto sollecitato dai comuni di Fusine e Colorina, il vicario di Valtellina ordinò ai de Valleve di «recedere cum dictis eorum bestiaminis», che altrimenti sarebbero stati sequestrati, e di astenersi da ogni «molestia», «donec cognitum de iuribus dictarum partium», onde evitare che una situazione *de facto* interferisse con la sua decisione o la condizionasse[74]. In altre occasioni però gli atti possessori non si posero in un rapporto antagonistico con il processo, laico o ecclesiastico, cui anzi le parti domandavano la sanzione dei diritti che avevano voluto affermare attraverso il loro esercizio concreto. Il consorzio che si riteneva defraudato dai comuni di Valchiavenna produsse nella causa ecclesiastica i testimoni che rievocavano il ricordo dell'esercizio decennale della «quieta et pacifica possessio et tenuta» dell'erbatico. Le stesse comunità cercarono il

[73] Rispettivamente ASCG, *SAR*, 41.2, 1487.VI.12; ASDCo, *VP*, 14, 1471.V.9.

[74] ASCF, *SA*, X.7.16, foll. 1v-2r, 1516.IX.19.

riconoscimento giudiziario del possesso immemorabile e non contraddetto: così ancora Grosio, Fusine e Colorina, che sottoposero alla decisione del vicario del capitano di valle la memoria del loro radicato godimento da «veri domini», e richiesero a quella del vicario episcopale di essere riconosciuti «veri possessores»[75].

Una più radicale alternativa alla mediazione processuale fu invece sperimentata dai comuni di Tresivio Monte e Tresivio Piano, da cui venne, a tratti, un totale rifiuto della giustizia statale. Nel 1462 gli uomini impedirono al capitano di valle e alla sua *familia* di esercitare la giurisdizione nel territorio comunale[76]; nel 1470 era bastato che ancora il capitano transitasse con la propria *familia* nel medesimo territorio perché subito, temendo qualche sua iniziativa, gli si radunassero intorno circa 50 persone pronte a «fare scandalo» contro di lui e il suo seguito. Le comunità si erano dunque contrapposte frontalmente al maggiore rappresentante dell'autorità sforzesca in Valtellina: avevano inteso escludere il loro territorio dal campo di esercizio della sua competenza giurisdizionale; sempre nel 1470 lo avevano minacciato che, se avesse proceduto contro di loro, come egli scrisse al principe, «me ne fareveno pentire»[77]. L'anno stesso gli uomini arrivarono a compiere veri e propri gesti alternativi e correttivi di una giustizia ritenuta iniqua. A un sequestro di cavalli ad istanza dei Quadrio replicarono sottraendo

[75] Fusine e Colorina: ASCF, *SA*, X.7.24, fol. 1v, 1520.V.25. Consorzio chiavennate: ASDCo, *Mensa vescovile*, fasc. 1, cart. 24, *del Pero*, 1542.XI.7, XII.22. Spesso quelli che riguardavano i conflitti esaminati, erano, o si voleva che fossero, giudizi sia in petitorio che in possessorio: ASCF, *SA*, X.7.18, fol. 4v, 1525.VIII.30; ASMi, *Sforzesco*, 718, 1452.II.23; *Comuni*, 87, *Valtellina*, s.d. Per l'interpretazione degli atti possessori, cfr. E. GRENDI, *La pratica dei confini: Mioglia contro Sassello, 1715-1745*, in «Quaderni storici», 21, 1986, pp. 811-845, pp. 815, 822, 824, 831 ss.; O. RAGGIO, *Costruzione delle fonti e prova: testimoniali, possesso e giurisdizione*, in «Quaderni storici», 31, 1996, pp. 135-156; M.T. SILVESTRINI, *La politica della religione. Il governo ecclesiastico nello stato sabaudo del XVIII secolo*, Firenze 1997, pp. 161 ss.; della stessa autrice, *Giustizia civile e giurisdizione. Il giudizio di possessorio in materia ecclesiastica nel Piemonte del XVIII secolo*, in «Quaderni storici», 34, 1999, pp. 447-473; A. TORRE, *Vita religiosa e cultura giurisdizionale nel Piemonte di antico regime*, in C. NUBOLA - A. TURCHINI (edd), *Fonti ecclesiastiche per la storia sociale e religiosa d'Europa: XV-XVIII secolo* (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Quaderni, 50), Bologna 1999, pp. 181-211, pp. 206 ss., e per un loro uso specifico in una protesta antisignorile, A. CORTONESI, *Rivendicazioni contadine e iniziativa antisignorile nel tardo Medioevo. Testimonianze dal Lazio meridionale*, in G. CHERUBINI (ed), *Protesta e rivolta contadina nell'Italia medievale*, numero monografico degli «Annali dell'Istituto Alcide Cervi», 16, 1994, pp. 157-172, pp. 164-166.

[76] ASMi, *Sforzesco*, 720, 1462.VIII.15, 19. Cfr. ASMi, *Sforzesco*, 781, s.d.; *Comuni*, 87, *Valtellina*, s.d.

[77] ASMi, *Sforzesco*, 781, 1470.V.23.

gli animali alla custodia dei famigli del capitano; dopo l'arresto di alcuni vicini «per exequtione de esso Iohanne Brandano et li suoy», da parte degli uomini dei comuni furono «rote le prexone ... per cavare di fora certi prexoni destenuti per il capitanio»[78]. Uno dei più attivi tra i rappresentanti dei comuni, Moretto della Torre di Ambria detto *de Bonfadino*, processato dall'ufficiale sforzesco ad istanza di un suo creditore, in primo luogo non si presentò mai alle udienze. In seguito, dopo che il magistrato ebbe disposto che il creditore si rivalesse direttamente su un quantitativo di formaggio e burro che certi debitori dovevano a Moretto, «sono andati de facto cum armis luy [Moretto *de Bonfadino*] e uno suo fratelo ad robare contra voluntate de dicti debitori formagio et butiro»[79]. È ovvio che, nella prospettiva di Giovanni Brandano Quadrio, il nobile contestato, non si percepisse altro se non il fatto che «dicti homini mostrano non havere supra di sé lege né superiore», e se ne denunciassero di conseguenza le «dexobedientie». Sono convinto, invece, che quelle degli uomini possano essere intese come pratiche di ristabilimento dell'equità attraverso rituali compensativi, concorrenti e al contempo imitativi degli atti giurisdizionali del magistrato: la procurata evasione è in realtà una scarcerazione, il furto dei cavalli un dissequestro, quello del formaggio e del burro un sequestro, modi insomma per provvedere autonomamente all'esercizio di una giustizia che non si confidava più potesse essere garantita dal capitano di valle[80].

[78] ASMi, *Sforzesco*, 781, s.d.

[79] ASMi, *Sforzesco*, 720, 1462.VIII.15. Sull'adoperarsi di Moretto *de Bonfadino* per i due comuni, cfr. ASMi, *Sforzesco*, 1462.VIII.19; ASSo, AN, 142, fol. 141r-v, 1460.XI.10-11; 295, fol. 314r-v, 1466.II.2; foll. 266v-267r, 1467.I.5.

[80] Frasi cit. rispettivamente da ASMi, *Sforzesco*, 781, s. d.; 720, 1462.VIII.19. In queste espressioni, e in quelle ricordate *supra*, testo corrispondente a n. 18, si possono cogliere gli accenti dello stesso turbamento che colse le autorità di fronte alle manifestazioni della resistenza contadina rilevato da P. BLICKLE, *The Criminalization of Peasant Resistance in the Holy Roman Empire: Toward a History of the Emergence of High Treason in Germany*, in «Journal of Modern History», 58 suppl., 1986, pp. 88-97. Per l'assunzione rituale e violenta, da parte dei ribelli, del ruolo del giudice, cfr. E.P. THOMPSON, *L'economia morale delle classi popolari inglesi nel secolo XVIII* (ed. orig. *The Moral Economy of the English Crowd in the Eighteenth Century*, in «Past and Present», 50, 1971, pp. 76-136), in *Società patrizia cultura plebea. Otto saggi di antropologia storica sull'Inghilterra del Settecento*, Torino 1981, pp. 57-136, pp. 89 ss.; N. ZEMON DAVIS, *Le culture del popolo. Sapere, rituali e resistenze nella Francia del Cinquecento* (ed. orig. *Society and Culture in Early Modern France*, Stanford 1975^4, pp. 218 ss.); Y.-M. BERCÉ, *Histoire de croquants. Étude des soulèvements populaires au XVIIe siècle dans le sud-ouest de la France*, Paris - Gèneve 1974, pp. 328-329, 632-634, 692-694; dello stesso autore, *Révoltes et Révolutions dans l'Europe moderne (XVIe-XVIIIe siècles)*, Paris 1980, pp. 135-137.

Gli episodi di così duro contrasto tra le comunità valtellinesi e le disposizioni e gli interventi dei giusdicenti laici o ecclesiastici rimasero però rari. Altrove, in questi stessi anni, i movimenti rurali opposero alla prassi della giustizia un'alternativa utopistica, vagheggiata nel 1525 dai contadini tedeschi in rivolta, o da quelli tirolesi che la volevano depurata da «ogni sofisteria e giuristeria», dai costi eccessivi, dalle complicazioni e dalle lungaggini procedurali[81]; spesso furono i tribunali ecclesiastici – diocesani e romani – il principale bersaglio delle proteste[82]. Le comunità valtellinesi, invece, per far valere le proprie ragioni, si servirono tra l'altro proprio dei tribunali ecclesiastici, oltre che di quelli laici. Le doglianze che levarono i signori testimoniano poi come gli uomini si avvalessero con efficacia delle 'sofisterie', attinte certo grazie alla mediazione professionistica dei procuratori che li rappresentavano in tribunale, delle dilazioni e delle astuzie altrove rigettate. Nelle parole dei *domini*, infatti, e non in quelle degli uomini, si ritrovano le lamentele verso le protezioni influenti o gli espedienti per trarre le cause in fori lontani o prolungarne la durata, espedienti cui, secondo un ricorrente luogo comune storiografico, soltanto i potenti sarebbero stati in grado di ricorrere, facendo della giustizia una risorsa alla portata dei soli privilegiati, con l'esclusione degli umili. Furono invece Fusine e Colorina a ritenere conveniente trasferire la causa a Roma. Furono per contro i de Valleve a lamentare le «calumpnie, subterfugia et malicie» delle comunità, a dolersi in una supplica dei «labores» e delle «impense», ad evocare, con immagini consuete, vedove e pupilli ridotti alla fame dalle spese processuali e dall'indisponibilità delle ricche risorse loro contestate, dopo che per otto anni i «pauperes oratores spoliati» avevano sostenuto il litigio «contra potentes comunitates intrusas spoliatrices». Non sono dunque i potenti, ma le comunità ad essere accusate di voler straziare la controparte con manovre dilatorie, rendendo, come usava dirsi, la causa *immortalis*[83]. Anche

[81] G. STRAUSS, *Law, Resistance, and the State. The Opposition to Roman Law in Reformation Germany*, Princeton 1986, pp. 6, 45-47, 134-135; G. POLITI, *Gli statuti impossibili. La rivoluzione tirolese del 1525 e il «programma» di Michael Gaismair*, Torino 1995, pp. 332-333 (da cui è tratta l'espressione cit.); M. BELLABARBA, *La giustizia ai confini. Il principato vescovile di Trento agli inizi dell'età moderna* (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Monografie, 28), Bologna 1996, p. 259; A. STELLA, *Il «Bauernführer» Michael Gaismair e l'utopia di un repubblicanesimo popolare* (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento, Monografie, 33), Bologna 1999, pp. 44, 81, 111-112, 149-150.

[82] R.C. HEAD, *Early Modern Democracy in the Grisons. Social Order and Political Language in a Swiss Mountain Canton, 1470-1620*, Cambridge 1995, pp. 65 ss.; P. BLICKLE, *From the Communal Reformation to the Revolution of the Common Man*, Leiden - Boston - Köln 1998, pp. 81-93.

[83] ASCF, *SA*, X.7.18, foll. 5r-v, 13v, 14v, 1525.VIII.30.

i Quadrio avevano denunciato come gli uomini di Grosio «in civitate Mediolani intensos habent favores» e potessero contare su «multi protectores»[84]. Certo, si tratta di argomenti di parte; ma l'inusuale adozione nelle suppliche e nelle proteste levate da influenti famiglie nobili della retorica di cui erano soliti avvalersi i rustici contrapposti ai signori induce a diffidare dello stereotipo che vorrebbe le comunità rurali sprovvedute di astuzie ed appoggi, vittime predestinate di una giustizia della quale non sarebbero state in grado di servirsi.

Infine il tribunale ecclesiastico, oltre che pienamente integrato nelle strategie di conflitto di comunità e signori, fu anche uno dei luoghi in cui si svolse il dibattito tra le contrastanti concezioni circa la legittimità del possesso elaborate dalle due parti. Nelle suppliche, nelle *positiones* e nei libelli presentati nei processi, i comuni sostenevano le loro pretese in base al prolungato godimento pacifico, alla situazione creatasi *de facto*, le famiglie nobili si richiamavano ai principi della trasmissione secolare all'interno del lignaggio dei diritti contesi: valori opposti che si chiedeva alla mediazione giurisdizionale del vicario di trasformare in diritto. I Quadrio affermarono che l'investitura feudale, pure ricevuta dal comune di Grosio, «non ha ad preiudicare a dicti consorti perché soy antecessori erano investiti in pheudo perpetuo de molti anni ante che fusse investito il predicto comune e però como anteriore debieno prevalere». I nobili basavano ancora i loro diritti sulle ragioni della discendenza quando si proclamavano *filii legitimi et naturales et heredes* dei titolari dell'antico diritto e *descendentes* dei primi vassalli investiti. Il procuratore della controparte rivendicò invece la pluridecennale «possessio pacifica» della decima e gli uomini di Grosio si appellarono alle condizioni ormai *solite* della loro investitura, confutando i diritti dei Quadrio e riaffermando per contro il godimento della decima prolungatosi a lungo e *pacifice*[85].

Nella lite tra i della Torre di Rezzonico e i vari centri che costituivano il comune lacuale di San Siro si ripropose il medesimo confronto di argomenti: contro il comune, che poteva vantare un'interruzione del versamento della decima a cominciare al massimo dagli ultimi quarant'anni, i patrizi cittadini risalivano all'esercizio degli stessi diritti da parte dei loro ascendenti, ricostruendo con precisione la genealogia fino a Comolo, avo di uno degli attori e proavo degli altri, e rinviando più genericamente ai *maiores et*

[84] ASCG, *SAR*, 41.2, 1489.III.10 (contiene riferimenti ad atti datati 1489.II.19, 23).

[85] ASCG, *SAR*, 41.2, 1487.V.18, 26 (da cui è tratta la frase cit.), 1487.IX.6, VI.12, s.d. (1489).

predecessores, che si erano trasmessi il possesso «iam plus quam ducentis annis»[86]. Tuttavia, pur prescindendo ovviamente dalla cultura nobiliare della discendenza, pure le comunità si impegnarono nell'invenzione di una tradizione legittimante: all'inizio del Cinquecento gli uomini di Fusine e Colorina si volevano «vassalli et feudatarii per tanti spazium temporis cuius initii memoria hominis non est in contrarium» della chiesa vescovile; come tali si ritenevano «antiquiores possessores» degli alpeggi. Arrivarono ad affermare di detenerli in feudo «a trecentis annis elapsis», benché solo da pochi decenni i due centri si fossero definitivamente emancipati dall'organismo del comune di Berbenno, effettivamente vassallo della chiesa vescovile, ma da meno di duecento anni[87].

5. *Considerazioni conclusive*

Calandosi nel novero di opportunità offerte dal pluralismo giudiziario tardo-medievale, non si è voluto proporre un catalogo di pratiche processuali ed infragiudiziarie; si è invece inteso individuare un protagonista non scontato, anzi spesso trascurato anche nei nuovi studi di storia della giustizia, capace di muoversi opportunisticamente all'interno dello spazio occupato dalle diverse giurisdizioni e dai diversi metodi di pacificazione dei conflitti – il comune rurale – e un uso specifico delle risorse disponibili in questo ambito: l'opposizione antisignorile. Questa azione fu condotta dalle istituzioni che organizzavano in modi formalizzati la vita comunitaria: in Valtellina si conferma quindi la centralità della *Gemeinde* che le ricerche condotte e promosse specialmente da Peter Blickle hanno riscontrato in tutti i movimenti che animarono le campagne europee del tempo. Sono infatti i comuni rurali – singolarmente o aggregati tra loro in un'iniziativa coordinata – a contrapporsi ai signori sospendendo la corresponsione dei canoni o occupando di fatto i beni contesi, a venire individuati da questi come avversari, ad essere citati dai tribunali; sono le assemblee vicinali e i loro rappresentanti a dare voce e visibilità al malcontento, a rivolgersi al prin-

[86] ASDCo, *VP*, 14, 1471.V.9 (da cui sono tratte le frasi cit.); 13, 1471.VI.8. Sul rapporto tra l'ideologia del lignaggio delle casate cittadine e rurali del Comasco e il possesso di feudi vescovili, cfr. M. Della Misericordia, *La disciplina contrattata*, cit., pp. 335-345.

[87] Si vedano nell'ordine delle citazioni, ASCF, *SA*, X.7.24, fol. 1v, 1520.V.25; X.7.16, fol. 1v, 1516.IX.19; X.7.18, fol. 6v, 1525.VIII.30. Altre suppliche delle comunità facevano ancora riferimento ai 300 anni di possesso continuo: ASCF, *SA*, X.7.18, fol. 8v; X.7.14, fol. 19v, 1525.I.23; X.7.14, fol. 8v, gli uomini definivano il loro possesso «ab immemorabili citra continue», come rivendicato del resto fin dalle prime fasi della vertenza (ASCF, *SA*, X.7.24, fol. 1v, 1520.V.25).

cipe o al vescovo, a promuovere l'iniziativa processuale o i tentativi di composizione. I risultati stessi dell'iniziativa furono, ancora in sintonia con un più vasto fenomeno europeo, l'erosione o l'eliminazione della rendita signorile garantita dal prelievo della decima e dall'esazione dei censi per il godimento dei boschi e dei pascoli, a vantaggio del controllo appunto comunitario su queste risorse[88].

I comuni rurali, dunque, come i signori, erano tra gli attori che attraversavano il campo della giustizia e della risoluzione negoziata dei conflitti, orientati, nelle scelte compiute di volta in volta, da una valutazione esperta delle circostanze e delle opportunità. La violenza, la ricerca della protezione di potenti in concorrenza con quelli con cui si contendeva, la supplica indirizzata all'autorità politica, l'iterazione dei gesti del possesso, la causa laica o ecclesiastica, le trattative e le mediazioni si collocavano lungo un *continuum* di strumenti con cui condurre il conflitto o tentare di porvi fine, senza che, pure nella prospettiva delle comunità, si aprisse una frattura

[88] P. BLICKLE, *Peasant Revolts in the German Empire in the Late Middle Ages*, in «Social History», 4, 1979, pp. 223-239, pp. 235-239; dello stesso autore si vedano inoltre *Communal Reformation. The Quest for Salvation in Sixteenth-Century Germany*, Atlantic Highlands NJ - London 1992, pp. 169 ss. (ed. orig. *Gemeindereformation. Die Menschen des 16. Jahrhunderts auf dem Weg zum Heil*, München 1985); *L'homme du commun et le processus d'édification de l'État: quelques conclusions*, in P. BLICKLE (ed), *Résistance, représentation et communauté*, Paris 1998, pp. 425-443, pp. 431 ss.; H. NEVEUX - E. ÖSTERBERG, *Valeurs et normes de la paysannerie dans la période d'édification de l'État: une interprétation comparative*, *ibidem*, pp. 217-254, p. 247; H. NEVEUX, *Le «Modèle» de Gilles Tschudi et le rôle des communautés dans les soulèvements paysans aux XVème et XVIème siècles*, in H.R. SCHMIDT - A. HOLENSTEIN - A. WÜRGLER (edd), *Gemeinde, Reformation und Widerstand. Festschrift für Peter Blickle zum 60. Geburtstag*, Tübingen 1998, pp. 345-355; C. ULBRICH, *La ribellione di Inzlingen (1600-1613). Un caso di resistenza contadina nella Germania sud-occidentale*, in «Quaderni storici», 21, 1986, pp. 759-774, pp. 770-771; Th.A. BRADY Jr., *Turning Swiss. Cities and Empire, 1450-1550*, Cambridge 1985, pp. 28 ss.; cfr. S. LOMBARDINI, *La guerra dei contadini in Germania: punti di arrivo e punti di partenza nel dibattito storiografico recente*, in «Archivio Storico Italiano», 140, 1982, pp. 355-442, pp. 362-365, 375, 383-384; R. COMBA, *Rivolte e ribellioni fra Tre e Quattrocento*, in N. TRANFAGLIA - M. FIRPO (edd), *La storia. I grandi problemi dal Medioevo all'Età Contemporanea*, 2/II: *Il medioevo. Popoli e strutture politiche*, Torino 1986, pp. 673-691, pp. 681-685; G. POLITI, *Rivolte contadine e movimenti comunali. Una tesi*, in S. GASPARRI - G. LEVI - P. MORO (edd), *Venezia. Itinerari per la storia della città*, Bologna 1997, pp. 159-191; A. STELLA, *Il «Bauernführer»*, cit., pp. 148-153, 221-231. Un'altra importante esperienza di ricerca ha sottolineato il posto centrale della comunità nelle sollevazioni contadine: Y.-M. BERCÉ, *Histoire de croquants*, cit., in particolare pp. 226-233, 327-328, 403 ss., 553-556, 566-570, 683-686. I modi della convergenza dell'azione individuale negli organismi collettivi, la loro azione, l'elaborazione di un linguaggio politico comunitario sono i temi oggetto dello studio che sto conducendo nell'ambito del dottorato di ricerca in Storia medievale (XIV ciclo) presso l'Università degli studi di Torino, tutors proff. R. Bordone - G. Chittolini, coord. prof. G. Sergi.

tra alternative processuali ed extraprocessuali. Valutando il peso di queste alternative, emerge un altro elemento non scontato e finora trascurato: il ruolo della giustizia ecclesiastica. Sia che l'istanza partisse dagli uomini, sia che venisse dai signori, la scelta del foro vescovile tra le altre opportunità disponibili era presa con cura, ispirata dal tipo di diritti che si riteneva si fosse in grado di far valere: i primi e i secondi sapevano che, quando avessero avuto dalla loro determinate ragioni, avrebbero incontrato nel vicario vescovile un giudice più sensibile. Il luogo in cui una famiglia nobile poteva accusare un comune di spergiuro per aver disatteso ad un arbitrato o in cui gli uomini potevano imputare alla controparte di calpestare le loro prerogative di vassalli vescovili era senz'altro il foro diocesano. Certo, la decisione, per quanto ponderata, poteva poi rivelarsi un errore e un fallimento. Le comunità di Fusine e Colorina trassero il contenzioso a Roma associando al proprio interesse anche la causa della tutela della proprietà della chiesa vescovile comasca: era un argomento adoperato nel modo che sembrerebbe più opportuno e nel luogo apparentemente più idoneo, ma questo non risparmiò loro cinque sentenze tutte contrarie.

Una volta indirizzatisi verso la giurisdizione ecclesiastica, i contendenti avrebbero avuto a disposizione, anche all'interno di questa, un'ulteriore pluralità di alternative: il processo; il ricorso al vicario vescovile ma non in qualità di giudice ordinario bensì di arbitro; la supplica al vescovo perché intervenisse personalmente nel procedimento condotto dal suo vicario; il giudizio d'appello commesso a delegati apostolici, che rispetto al processo di primo grado era più condizionato e manipolato dalle manovre delle parti e si presentava dunque come una fase del confronto dotata di una precisa fisionomia; il giudizio d'appello a Roma; l'accordo e la transazione in cui l'intervento dell'autorità episcopale si restringeva all'approvazione[89].

[89] Ad un repertorio altrettanto ampio le comunità del Ticino seppero attingere per i contenziosi suscitati dai movimenti per l'erezione in parrocchia delle cappelle di villaggio: P. OSTINELLI, *Il governo delle anime. Strutture ecclesiastiche nel Bellinzonese e nelle Valli ambrosiane (XIV-XV secolo)*, Locarno 1998, pp. 107 ss. Non si adatta al caso studiato la rigida dicotomia posta tra il processo e le pratiche più familiari alla «rusticité» da A.M. HESPANHA, *Savants et rustiques. La violence douce de la raison juridique*, in «Ius commune», 10, 1983, pp. 1-48, pp. 11, 47-48. È più calzante, invece, la prospettiva attenta ad un uso sociale della giustizia che non frappone barriere tra le pratiche ufficiali e l'infragiudiziario: cfr., tra le altre ricerche e sintesi, Th. KUEHN, *Law, Family, and Women. Toward a Legal Antropology of Renaissance Italy*, Chicago - London 1991; A. ZORZI, *Conflits et pratiques infrajudiciaires dans les formations politiques italiennes du XIIIe au XIVe siècle*, in B. GARNOT (ed), *L'infrajudiciaire du Moyen Âge à l'époque contemporaine*, Actes du colloque de Dijon, 5-6 octobre 1995, Dijon 1996, pp. 19-36; G. SCHWERHOFF, *La storia della criminalità nel tardo medioevo e nella prima età moderna. Il 'ritardo' di un settore della ricerca tedesca*, in «Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento», 24, 1998, pp. 573-630, pp. 588-590;

Queste armi offerte dalla giustizia della Chiesa a tutta la società laica – famiglie nobili, contadini, imprenditori cittadini – nella prospettiva delle comunità divennero parte dell'arsenale della protesta antisignorile.

Quanto si è detto induce in primo luogo a riconsiderare l'approccio con il quale in Italia sono stati studiati i tribunali della Chiesa. È infatti significativa la scarsità di ricerche che chiariscano in che misura la giustizia ecclesiastica fosse coinvolta e investita dai meccanismi del conflitto e dalle esigenze di pacificazione che scaturivano dalle tensioni politiche e sociali: si constata anzi una scarsa comunicazione tra gli studi recenti dedicati all'attività dei tribunali vescovili e quelli sulle pratiche giudiziarie, di conduzione e di risoluzione dei conflitti nel tardo medioevo. Da un lato si sono ricostruite le procedure, le competenze, i tempi, i costi della giustizia ecclesiastica, ma adottando una prospettiva 'dalla parte del giudice' che ha lasciato sullo sfondo il significato che il ricorso a tale giustizia assumeva nelle strategie messe in campo dai laici e nelle loro motivazioni. Si è insomma privilegiata l'ottica ora del controllo gerarchico e del disciplinamento del laicato, ora del funzionamento burocratico delle corti, mentre si è tralasciato di considerare il foro ecclesiastico come opzione per chi fosse impegnato nella conduzione di un contenzioso, si è mancato di approfondire il suo uso da parte degli attori sociali. Dall'altro lato, lo studio dei conflitti e della loro mediazione giudiziaria ha spesso confinato i tribunali della Chiesa in una nicchia di competenze settoriali e sostanzialmente marginali. Invece le vertenze tra signori e comunità considerate qui analiticamente consentono di valutare il peso dei tribunali ecclesiastici sul fondamentale piano della canalizzazione giudiziaria delle manifestazioni di opposizione politica e di malessere sociale, e di considerare alcune delle ragioni che ispiravano il ricorso laico a tali tribunali[90].

M. VALLERANI, *Paci e processo nel sistema giudiziario del comune di Perugia*, in «Quaderni storici», 34, 1999, pp. 315-353. Specificamente sulla capacità del processo di offrire una mediazione ai conflitti, cfr. anche dello stesso autore, *Il sistema giudiziario*, cit., pp. 44-45, 82-83, 215 e *I processi accusatori a Bologna fra Due e Trecento*, in «Società e storia», 1997, 20, pp. 741-788. La compresenza di alternative processuali e negoziali anche durante una fase acuta di scontro tra uomini e signori, è rilevata da S. LOMBARDINI, *La guerra dei contadini*, cit., pp. 413, 429-430.

[90] Sullo scambio tra giustizia vescovile e pratiche sociali cfr. M. DELLA MISERICORDIA, *Giudicare con il consenso. Giustizia vescovile, pratiche sociali e potere politico nella diocesi di Como nel tardo medioevo*, in «Archivio Storico Ticinese», 38, 2001 (in corso di stampa). La marginalità degli studi italiani dedicati ai tribunali ecclesiastici nel recente filone di indagini sui temi della giustizia e della criminalità può essere agevolmente misurata dai bilanci di A. ZORZI, *Giustizia criminale e criminalità nell'Italia del tardo medioevo: studi e prospettive di ricerca*, in «Società e storia», 12, 1989, pp. 923-965, p. 949; dello stesso autore, *Tradizioni*

Quanto si è detto consente pure di portare una conferma alla revisione in corso da alcuni anni circa l'iniziativa rurale e le forme in cui essa si espresse. Considerare il disinvolto movimento delle comunità valtellinesi all'interno di una pluralità di risorse giudiziarie permette di contemplare un ulteriore aspetto del carattere organizzato ed efficace dei movimenti di protesta che percorsero le campagne europee. Il rinnovamento degli studi in questo campo ne ha rilevato ormai da tempo l'irriducibilità all'esplosione cieca, irrazionale, scomposta cui spesso in passato era stata ridotta la manifestazione del disagio contadino[91] e ha smentito la predestinazione alla sconfitta e alla fatale delusione delle aspettative cui si era a lungo condannata l'azione dei rustici[92]. Uno dei modi in cui invece tale azione si organizzò e conseguì i propri obiettivi fu proprio quello della contesa processuale con i signori: nel solco degli studi in particolare di Winfried Schulze sull'esito giudiziario della protesta contadina nella Germania moderna (*Verrechtlichung sozialer Konflikte*), molte ricerche sono venute delineando – come un fenomeno ancora di rilevanza europea – il ricorso ai tribunali statali contro i poteri signorili, quale via alternativa alla rivolta, meno clamorosa ma spesso più efficace, per contenere il potere dei *domini* e per dilatare gli spazi politici ed economici regolati collettivamente[93]. Anche in Italia, tra tardo medioevo

storiografiche e studi recenti sulla giustizia nell'Italia del Rinascimento, in G. CHITTOLINI (ed), *Storici americani e rinascimento italiano*, numero monografico di «Cheiron», 8, 1991, pp. 27-78, p. 30.

[91] W. SCHULZE, *Peasant Resistance in Sixteenth- and Seventeenth-Century Germany in a European Context*, in K. VON GREYERZ (ed), *Religion, Politics and Social Protest. Three Studies on Early Modern Germany*, London 1984, pp. 61-98, 81, 85; G. CHERUBINI, *Premessa*, G. CHERUBINI (ed), *Protesta e rivolta*, cit., pp. 11-15, p. 15. Cfr. E.P. THOMPSON, *L'economia morale*, cit., pp. 57 ss.

[92] Y.-M. BERCÉ, *Histoire de croquants*, cit.; R. HILTON, *Les muovements paysans du moyen âge et la révolte anglaise de 1381*, Paris 1979, pp. 292-295, 299-399; W. SCHULZE, *Bäuerlicher Widerstand und feudale Herrschaft in der frühen Neuzeit*, Stuttgart - Bad Cannstatt 1980; dello stesso autore, *Peasant Resistance*, cit., pp. 78, 85-86; P. BLICKLE, *La riforma luterana e la guerra dei contadini. La rivoluzione del 1525*, Bologna 1983 (ed. orig. *Die Revolution von 1525*, München 1981), pp. 287-322; P. BLICKLE, *From the Communal Reformation*, cit., pp. 178-188; G. POLITI, *I dubbi dello sviluppo. Rilevanza e ruolo del mondo rurale in alcune opere recenti (secoli XV-XVII)*, in «Società e storia», 5, 1982, pp. 367-389.

[93] W. SCHULZE, *Bäuerlicher Widerstand*, cit., pp. 76-85, 99 ss.; dello stesso autore, *Peasant Resistance*, cit., pp. 81 ss.; G. POLITI, *I dubbi dello sviluppo*, cit., pp. 372-373; C. ULBRICH, *La ribellione di Inzlingen*, cit.; S. IMSEN - G. VOGLER, *Autonomie des communautés et résistance paysanne en Europe du Nord et en Europe centrale*, in P. BLICKLE (ed), *Résistance*, cit., pp. 7-84, pp. 33-34, 46-48; J. NICOLAS - J. VALDEON BARUQUE - S. VILFAN, *L'État monarchique face aux résistances en Espagne, en France et dans les vieilles provinces des Habsbourg (XVe-XVIIIe siècles)*, *ibidem*, pp. 85-159, pp. 103, 140, 153-154.

e prima età moderna, comunità piemontesi, lombarde, emiliane, della Terraferma veneta, di fronte ai tribunali dello stato sabaudo, sforzesco, pontificio, veneziano contesero, non di rado con successo, ai loro *domini*, a potenti cittadini o ad altri privilegiati molte delle risorse che ne identificavano lo *status*: spesso, tra queste, come nei casi esaminati, diritti d'uso di boschi e pascoli e di decimazione, accanto a quelle più cospicue prerogative signorili che in Valtellina si erano già dissolte[94].

Rispetto però a queste situazioni europee e italiane, il peculiare accesso dei comuni valtellinesi ai tribunali ecclesiastici, oltre che a quelli dello stato, permette un'ultima riflessione. Il coinvolgimento della giustizia della Chiesa fu infatti così largo e rilevante da indurre a rivedere il peso che la ricerca ha conferito alle scelte politiche dello stato territoriale, quando si è trattato di individuare i fattori che hanno consentito i successi conseguiti dai contadini contro i signori. Il fatto che le conquiste dei rustici fossero venute in seguito al ricorso delle comunità ai tribunali dello stato ha infatti spesso condotto ad attribuire una rilevanza decisiva al supporto offerto dalle autorità politiche alle loro rivendicazioni. Se tuttavia a spianare la strada ad analoghi successi potevano essere anche sentenze vescovili e di delegati apostolici o accordi tra le parti, pure i felici conseguimenti presso i tribunali statali devono essere considerati in una prospettiva diversa; se, in altre parole, l'iniziativa comunitaria ha dimostrato di poter prescindere dalle decisioni delle magistrature dello stato territoriale, ovvero, in ultima istanza, dalle opzioni delle oligarchie di governo, dei principi o dei sovrani, queste non possono più essere interpretate come decisive per il suo successo e devono essere ripensate nell'ottica del loro uso strumentale e dal basso insieme ad altre possibili soluzioni. Almeno in Valtellina, infatti, a determinare l'esito positivo

[94] A. BARBERO, *Politica e comunità contadina nel Piemonte medievale*, in «Studi storici», 35, 1994, pp. 5-48, pp. 28-41; E. ROVEDA, *I beni comuni nella Bassa fra Ticino e Sesia (secoli XV e XVI)*, in G. ANDENNA (ed), *Insediamenti medievali fra Sesia e Ticino. Problemi istituzionali e sociali (secoli XII-XV)*, Atti del Convegno, Novara, 4 ottobre 1998, Novara 1999, pp. 47-63; D. ANDREOZZI, *Nascita di un disordine. Una famiglia signorile e una valle piacentina tra XV e XVI secolo*, Milano 1993, pp. 117-118, 129-130, 292; L. ARCANGELI, *Uomini e feudatario nella prima metà del XVI secolo. Due cause antifeudali nel marchesato di Pellegrino*, in «Archivio Storico per le Province Parmensi», IV serie, 34, 1982, pp. 177-276; S. ZAMPERETTI, *I piccoli principi. Signorie locali, feudi e comunità soggette nello Stato regionale veneto dall'espansione territoriale ai primi decenni del '600*, Treviso 1991, pp. 305, 308-309, 315 ss.; A. VIGGIANO, *Governanti e governati. Legittimità del potere ed esercizio dell'autorità sovrana nello Stato veneto della prima età moderna*, Treviso 1993, pp. 216 ss., 283 ss.; F. BIANCO, *1511. La «crudel zobia grassa». Rivolte contadine e faide nobiliari in Friuli tra '400 e '500*, Pordenone 1995; M. ZACCHIGNA, *La palude di Cinto. Una lite giudiziaria del tardo medioevo friulano*, in «Metodi e ricerche», 1, 1982, fasc. 2, pp. 33-42.

della resistenza comunitaria fu, piuttosto che un mai risolutivo apporto statale, l'intraprendenza delle comunità stesse, che si manifestò soprattutto nell'abile capacità di attingere a tutte le risorse della giustizia e del diritto: i tribunali dello stato, certamente, ma, accanto a questi o al loro posto – quando questa strada non fu percorribile o venne giudicata meno conveniente –, l'atto possessorio, la convenzione bilaterale, l'arbitrato e, anch'essa manipolata dal basso, la giustizia ecclesiastica.

Zwischen Einbindung und Ausgrenzung

Zur Rechts- und Sozialgeschichte der Urfehde im deutschen Südwesten zwischen dem 14. und dem 18. Jahrhundert

von *Andreas Blauert*

1. *Einblicke*

Die folgenden Ausführungen fassen die Ergebnisse einer Untersuchung zusammen, die der Geschichte des Rechtsinstituts der Urfehde gewidmet ist[1] – Urfehde: So wurde zwischen dem 14. und dem 18. Jahrhundert im deutschsprachigen Raum der allerorts abgelegte Eid genannt, mit dem die aus dem Gefängnis, Zuchthaus oder der Untersuchungshaft Entlassenen beschworen, sich für die erlittene Haft nicht zu rächen[2]. In mittelalterlichen Rechtsquellen wird die Urfehde gelegentlich lateinisch «caucio» oder «confirmacio» genannt[3]. Carpzov rechnet die Urfehde zu den «geschworenen Eiden»[4]. Und noch die Juristen des 19. Jahrhunderts bezeichnen die Urfehde als «eidliche Caution», das heißt: als eidliche Versicherung oder als eidliches Versprechen[5]. So verbreitet dieser Urfehdeeid in Deutschland war, so wenig wissen wir bislang über seine Existenz in der Rechtsprechung der europäischen Nachbarländer. Eine vergleichende Geschichte des Eides und seiner Rolle im Rechtsleben der vormodernen Gesellschaft würde hier weiterhelfen[6]. Die englischsprachige Zusammenfassung meiner Arbeit

[1] A. Blauert, *Das Urfehdewesen im deutschen Südwesten im Spätmittelalter und in der Frühen Neuzeit*, Tübingen 2000.

[2] Diese Definition nach W. Ebel, *Die Rostocker Urfehden. Untersuchungen zur Geschichte des deutschen Strafrechts*, Rostock 1938, S. 18.

[3] O. Francke, *Das Verfestungsbuch der Stadt Stralsund*, Halle 1875, S. XCII.

[4] B. Carpzov, *Peinlicher sächsischer Inquisitions- und Achtproceß ...*, Leipzig 1725, 1638[1], S. 204 f.

[5] *Criminallexikon nach dem neuesten Stande der Gesetzgebung in Deutschland ...*, Erlangen 1854, Nachdruck Köln 1976, S. 632 f.

[6] In deutscher Sprache dazu neben anderen: L. Kolmer, *Promissorische Eide*, Kallmünz-Opf. 1989; A. Holenstein, *Die Huldigung der Untertanen. Rechtskultur und Herrschaftsordnung (800-1800)*, Stuttgart 1991; P. Blickle (ed), *Der Fluch und der Eid. Die metaphysische Begründung gesellschaftlichen Zusammenlebens und politischer Ordnung in der ständischen*

behilft sich solange mit dem Übersetzungsvorschlag «oath to keep the peace» für Urfehde[7].

In der von mir vorgeschlagenen Perspektive fängt dieses Rechtsinstitut den langen Entwicklungsweg vom «mittelalterlichen Rechtspflegestaat» zum «souverän gewordenen Obrigkeitsstaat»[8] sowie eine ganze Reihe weiterer Aspekte des gewaltigen Transformationsprozesses, den die europäischen Gesellschaften zwischen dem 14. und dem 18. Jahrhundert durchlaufen haben, wie in einem Spiegel ein. Dabei ist mir aufgefallen, daß die Bereitschaft der Gesellschaft zur Integration der Abweichler von den sozialen Normen im Zuge des komplexen Prozesses frühmoderner Staatsbildung und der weitgehenden Durchsetzung eines staatlichen Strafmonopols zunehmend geringer geworden ist: Das Spätmittelalter mit seinem deutlich geringeren Grad an 'Staatlichkeit', der Ausgangspunkt meiner Untersuchung, kannte bedeutend weniger diskriminierende Formen des Umgangs mit abweichendem Verhalten als das 18. Jahrhundert. Das ist zumindest der – möglicherweise noch kontrovers zu diskutierende – Eindruck, den die Entwicklung der Urfehde vermittelt.

Meine Ausführungen zum Thema wenden sich ihrem Gegenstand also nicht mit Blick auf ein bestimmtes Territorium bzw. einen bestimmten Staat, nicht mit Blick auf ein bestimmtes Gericht (weltliches oder geistliches Gericht), nicht mit Blick auf ein bestimmtes Verfahren (Strafverfahren) und schon gar nicht mit Blick auf das gesamte vormoderne «System der Strafjustiz» zu, an dessen Beschreibung sich beispielsweise mein Kollege Karl Härter seit einiger Zeit versucht[9]. Ich betrachte dagegen die Entwicklung nur eines, zu seiner Zeit immerhin weitverbreiteten Rechtsinstituts. Das hat mir Einblicke in den säkularen Prozeß einer Entwicklung erlaubt, die in Deutschland zuletzt im Kontext der Diskussion um die Entstehung des öffentlichen Strafrechts thematisiert wurde: Die Zurückdrängung älterer, ausgleichsorientierter Formen der Konfliktlösung durch genuin strafrechtliche Formen der Konfliktlösung, die mit der Ausbildung eines staatlichen

Gesellschaft, Berlin 1993; P. PRODI (ed), *Glaube und Eid. Treueformeln, Glaubensbekenntnisse und Sozialdisziplinierung zwischen Mittelalter und Neuzeit*, München 1993.

[7] A. BLAUERT, *Urfehdewesen*, S. 175-181.

[8] E. SCHUBERT, *Mobilität ohne Chance: Die Ausgrenzung des fahrenden Volkes*, in W. SCHULZE - H. GABEL (edd), *Ständische Gesellschaft und soziale Mobilität*, München 1988, S. 113-164, hier S. 154.

[9] K. HÄRTER, *Strafverfahren im frühneuzeitlichen Territorialstaat. Inquisition, Entscheidungsfindung, Supplikation*, in A. BLAUERT - G. SCHWRRHOFF (edd), *Kriminalitätsgeschichte. Beiträge zur Sozial- und Kulturgeschichte der Vormoderne*, Konstanz 2000, S. 459-480.

Strafmonopols immer mehr an Bedeutung gewinnen[10]. Lenman und Parker haben in ihrer bahnbrechenden Studie aus dem Jahr 1980 denselben Phänomenzusammenhang vor Augen, wenn sie sogenannte «restitutive» und «punitive» Tendenzen in der Entwicklung der Rechtsprechung in Europa einander ablösen sehen[11]. Robert Muchembled hat 1992 in diesem Sinne die Entwicklung von einer älteren «justice pacificatrice» hin zu einer jüngeren «justice penale» konstatiert[12].

Wie lassen sich die angedeuteten Zusammenhänge ausführen? Ich habe mich zu folgendem Vorgehen entschlossen: Im folgenden zweiten Teil meines Beitrags möchte ich meinen Weg zu den Urfehden resümieren und kurz auf die zentralen Perspektiven und Zugänge sowie die daraus letztlich resultierende Konzeption meiner Studie zu sprechen kommen. Sie besitzt, wie ich noch näher ausführen werde, zwei Standbeine: Ein rechtsgeschichtliches und ein kriminalitätsgeschichtliches – beide Begriffe hier von mir nicht in definitorischer Absicht gebraucht. Im dritten Teil meines Beitrags werde ich einige Ergebnisse meiner stärker rechts- und verfassungsgeschichtlichen Untersuchungen zum Gegenstandsbereich Urfehde und Alte Gerichtsbarkeit vortragen. Im vierten Teil einige Ergebnisse meiner stärker sozial- und kriminalitätsgeschichtlichen Analysen zum Thema Urfehde und abweichendes Verhalten. Ich schließe mit einem knappen Ausblick.

2. *Von der Hexenforschung zur Kriminalitätsgeschichte und zu den Urfehden*

Die Historische Kriminalitätsforschung hat sich in den letzten Jahren fast überall in Europa und in den Vereinigten Staaten als mehr oder weniger eigenständige Teildisziplin der Geschichtswissenschaft zu etablieren vermocht. Sie findet ihren Gegenstandsbereich im konfliktreichen Beziehungsdreieck von Norm, Devianz und Sanktion[13]. In Deutschland hat die

[10] D. Willoweit (ed), *Die Entstehung des öffentlichen Strafrechts. Bestandsaufnahme eines europäischen Forschungsproblems*, Köln 1999; H. Schlosser - D. Willoweit (edd), *Neue Wege strafrechtsgeschichtlicher Forschung*, Köln 1999.

[11] B. Lenman - G. Parker, *The State, the Community, and the Criminal Law in Early Modern Europe*, in V. Gatrell u.a. (edd), *The Social History of Crime in Western Europe since 1500*, London 1980, S. 11-48.

[12] R. Muschembled, *Le temps des supplices. De l'obéissance sous les rois absolus (XVe-XVIIIe siècle)*, Paris 1992.

[13] Zum Stand der kriminalitätsgeschichtlichen Forschung, siehe die einzelnen Länderberichte in A. Blauert - G. Schwerhoff, *Kriminalitätsgeschichte*, S. 21-201. Eine systematische

Historische Kriminalitätsforschung bekanntermaßen maßgebliche Impulse von der jüngeren Hexenforschung bezogen[14]. Eine naheliegende Entwicklung, bestand doch bei vielen Hexenforschern und Hexenforscherinnen das Bedürfnis, verschiedene mit dem Hexenthema verbundene Aspekte bzw. sich aus dem Hexenthema ergebende Fragen in einem breiteren kriminalitäts- und rechtsgeschichtlichen Kontext zu diskutieren. Das war auch in meinem Fall so – meine Dissertation hatte sich mit den frühen Hexenverfolgungen des 15. Jahrhunderts beschäftigt[15].

Da viele einschlägige kriminalitätsgeschichtliche Untersuchungen zum damaligen Zeitpunkt Städtestudien waren, ich im Rahmen meiner Dissertation ebenfalls viel mit stadtgeschichtlichem Handwerkszeug gearbeitet hatte, beschloß ich, mich neu zu orientieren, und ein Territorium als Untersuchungsgegenstand meiner kriminalitätsgeschichtlichen Studie zu wählen. Zeitlich wollte ich dabei über das Spätmittelalter, dem meine Dissertation gewidmet war, in die Frühe Neuzeit hinausgreifen. Die Wahl fiel damals auf das Hochstift Speyer, ein kleines, beiderseits des Rheins gelegenes Territorium in Südwestdeutschland. Ein Forschungsstipendium sollte das Terrain erkunden helfen; so würden sich schon genügend Kriminalquellen erschließen lassen, um anschließend eine größere Untersuchung in Angriff zu nehmen. Eine irrige Annahme, wie ich bald feststellen sollte, denn ich hatte die Überlieferungssituation und die Arbeitsbedingungen für das 16. und 17. Jahrhundert, vom Spätmittelalter verwöhnt, gründlich falsch eingeschätzt. Das Unterfangen, am Speyerer Beispiel das gesamte «System der Strafjustiz»[16] eines Territoriums zur Darstellung zu bringen, erwies sich zumindest zum damaligen Zeitpunkt als nicht realisierbar. Immerhin stieß ich im Falle Speyers auf eine mir bis dahin mehr oder weniger unbekannte, mich im Sinne von Natalie Davis' «Kopf in der Schlinge»[17] schnell interessierende Quellengruppe: Urfehden. Nach einer Phase des Abwägens begann ich also, eine größere Urfehdenarbeit zu projektieren. Ein For-

Einführung bietet G. SCHWERHOFF, *Aktenkundig und gerichtsnotorisch. Einführung in die Historische Kriminalitätsforschung*, Tübingen 1999.

[14] Zur Entwicklung der deutschen Hexenforschung siehe G. SCHWERHOFF, *Vom Alltagsverdacht zur Massenverfolgung. Neuere deutsche Forschungen zum frühneuzeitlichen Hexenwesen*, in «Geschichte in Wissenschaft und Unterricht» (künftig «GWU»), 46, 1995, S. 359-380.

[15] A. BLAUERT, *Frühe Hexenverfolgungen. Ketzer-, Zauberei- und Hexenprozesse des 15. Jahrhunderts*, Hamburg 1989.

[16] K. HÄRTER, *Strafverfahren im frühneuzeitlichen Territorialstaat.*

[17] N.Z. DAVIS, *Der Kopf in der Schlinge. Gnadengesuche und ihre Erzähler*, Berlin 1988.

schungsdesiderat stellte insbesondere eine vergleichende Betrachtung des Urfehdewesens dar, die sich nicht, wie in der älteren Urfehdenliteratur häufig der Fall, auf die Darstellung der Urfehdepraxis einer bestimmten Stadt oder Herrschaft, zumeist noch mit zeitlichem Schwerpunkt auf dem späten Mittelalter, beschränkte. Meine Arbeit sollte das Urfehdewesen verschiedener Städte und Landesherrschaften einer Region, in diesem Falle des deutschen Südwestens, im Spätmittelalter und in der Frühen Neuzeit untersuchen. Das deckte sich, was die zeitliche Erstreckung der geplanten Arbeit betraf, ja durchaus mit meinen ursprünglichen Vorstellungen. Allerdings besaß ich kein herrschaftlich geschlossenes Untersuchungsgebiet mehr und es war eine statt vieler möglicher Quellengruppen, auf der meine Arbeit vorrangig basierte, und die dadurch besondere Aufmerksamkeit verlangte. Später sollten sich hieraus immer wieder konzeptionelle Schwierigkeiten ergeben.

Schnell stellte sich heraus, daß meine Arbeit wie angesprochen zwei Standbeine besitzen würde: In einem ersten Teil mußte ich den Akzent auf verfassungs- und rechtsgeschichtliche Aspekte des Themas legen und versuchen, Entstehung, Verbreitung und Funktion der Urfehde in einer vergleichenden landesgeschichtlichen Perspektive herauszuarbeiten. Eine Aufgabe, die mir quasi wie von selbst zugewachsen ist, ohne daß ich das so je vorausgesehen hätte. Ein für mich immer wichtiger werdender Maßstab für die Einschätzung und Bewertung der erzielten Ergebnisse wurde in diesem Zusammenhang die erwähnte Diskussion um die Entstehung des öffentlichen Strafrechts. Es zeigte sich, daß die Geschichte der Urfehde eng mit der Entstehung und weitreichenden Durchsetzung eines öffentlichen Strafanspruchs verbunden war, ja, mehr noch, daß sich die Entstehung des öffentlichen Strafrechts in der Entwicklung der Urfehde regelrecht abgebildet und diese gründlich verändert hat[18].

Erst im Zentrum des zweiten Teils meiner Untersuchung standen die mich ursprünglich und vorrangig interessierenden sozial- und kriminalitätsgeschichtlichen Aspekte des Themas. Hier konnte ich mich den aus Urfehden aufscheinenden und inkriminierten Formen abweichenden Verhaltens zuwenden. Dabei zeigte sich, daß es verschiedene, einander ablösende Formen abweichenden Verhaltens waren, die zwischen dem 15. und 18. Jahrhundert bevorzugt in und mit Urfehden sanktioniert wurden. Nicht

[18] Ich bin den angeschnittenen Zusammenhängen später ausführlicher in einem an den Universitäten Halle a.d.S. bzw. Jena von 1996 bis 2000 durchgeführten, von Günter Jerouschek geleiteten Forschungsprojekt zur Geschichte der Urfehde im mitteldeutschen Raum nachgegangen. Eine diesbezügliche Monographie befindet sich in Vorbereitung.

nur das Rechtsinstitut, die Urfehde der Alten Gerichtsbarkeit, wandelte sich also, sondern auch die gesellschaftlichen 'Bedürfnisse' der Verfolgung immer neuer, in veränderten gesellschaftlichen Kontexten stehender Formen abweichenden Verhaltens. Ich möchte es als die besondere Leistung meiner Arbeit bezeichnen, daß ich die beiden angesprochenen Entwicklungen – 'innere' Entwicklung des Rechtsinstituts Urfehde sowie den Wandel verschiedener die Gesellschaft vorrangig beschäftigender Formen abweichenden Verhaltens – aufeinander zu beziehen versucht habe. Die blanke Rechtsgeschichte der Urfehde entwickelt sich in dieser Perspektive bei mir so tendenziell zu einer Rekonstruktion verschiedener Konfliktlösungskapazitäten und *-modi*, die die Urfehde in den verschiedenen Stadien ihrer Entwicklung besessen hat. Ich darf das im folgenden kurz ausführen.

3. *Rechtsgeschichtliche Aspekte der Urfehde*

Wo die frühe Urfehde im Kontext der Fehde steht, da soll sie zusammen mit ergänzenden Vertragsschlüssen zwischen Fehdeparteien schlichten und versöhnen, sie ist ausgleichsorientiert. Wo die Urfehde mehr im Kontext innerstädtischer Friedenswahrung steht, da versucht sie, den gestörten Frieden wiederherzustellen, indem der Friedensstörer mit Hilfe kompensatorischer Leistungen wieder in die Gemeinschaft eingebunden wird – wenn es sein mußte, natürlich auch mit Hilfe von Sanktionen. Die in diesem Zusammenhang besonders interessierende Gefangenschaftsurfehde besitzt freilich auch diesen Funktionskontext deutlich transzendierende Aspekte: Denn wo die Stadt und vor allem dann der Fürst – die Obrigkeit – den Fehdegegner in Gefangenschaft nimmt und die Sühne erzwingt, da verliert der Einigungsschwur der Fehdegegner den ursprünglichen Charakter des privaten Vergleichs. In der Zurückdrängung der Fehde seit dem späten 14., frühen 15. Jahrhundert, schon in der feudalen Welt des späten Mittelalters also, artikuliert sich damit ein öffentlich-rechtliches Verständnis von Friedenswahrung und Strafkompetenz, das, zumindest von seinem Anspruch her, als ein direkter Vorläufer der entsprechenden Anstrengungen in den Territorien des Reichs im 16. und 17. Jahrhundert, unter den Bedingungen frühneuzeitlicher Staatsbildung also, angesehen werden kann.

Die Urfehde aus Fehde- und Sühnevertragstradition verband sich mit der Urfehde nach städtischer (Untersuchungs-)Haft zur ausgebildeten Hafturfehde des 15., 16. und frühen 17. Jahrhunderts mit ihren zentralen Bestandteilen Haft, Freilassung auf Fürbitte und Gnade, damit verbundenen besonderen Auflagen sowie Bürgschaft und Bürgen. Der Vertragscharakter der frühen Urfehde sollte sich in der Hafturfehde zwar (bis hin zu seiner

völligen Aushöhlung) erhalten. Aus der ehemals persönlichen, später immer häufiger erzwungenen Ein(ig)ung fehdeführender Parteien ist inzwischen aber ein in das Strafverfahren des Peinlichen Rechts hineingenommener, konkreter Akt der Anerkenntnis herrschaftlicher bzw. obrigkeitlicher Gerichtsgewalt geworden. Die Hafturfehde des 16. und frühen 17. Jahrhunderts bringt freilich auch zum Ausdruck, daß das öffentliche Strafrecht auf ein Mindestmaß an Konsensualität in der Rechtspraxis (noch) nicht verzichten kann oder will: Im kunstvoll gespielten Spiel von hoher Strafandrohung, Für- oder Gnadenbitte und Strafreduktion setzt sie auf die (Selbst-)Bindung der zu Disziplinierenden in und mit der Urfehde. Es sind die für die Hafturfehde als typisch erkannten Sicherungsmittel (Verbot der Anrufung fremder Gerichte, Bürgschaft und Bürgen), die diese Funktion erfüllen. Sie machen deutlich, daß Recht (noch) in einem komplexen sozialen Raum situiert war, der keine einlinigen Urteilssprüche erlaubte, sondern auf Kooperations- und Konsensbereitschaft bei der Rechtsfindung und vor allem dann bei der Durchsetzung des Urteils angewiesen war. Die Hafturfehde oszilliert damit gewissermaßen zwischen den Polen spätmittelalterlicher privater Konfliktbereinigung im Fehde- und Sühnevertragswesen und frühneuzeitlicher öffentlicher Strafverfolgung im Zuge der Territorialbildung im Reich. Günter Jerouschek und ich haben das auf die Formel gebracht: Die Hafturfehde ist sowohl Einigungsschwur wie Unterwerfungseid.

Ganz anders erscheint die späte Urfehde des 17. und 18. Jahrhunderts: Denn mit der weitgehenden Durchsetzung des öffentlichen Strafanspruchs waren die Gerichtsorgane weder auf den persönlichen Racheverzicht des urfehdeschwörenden Inquisiten noch auf die wiederholt angesprochenen Sicherungsmittel der Urfehde mehr angewiesen. Charakteristische Bestandteile der klassischen Hafturfehde wie das Bürgschaftswesen gerieten darüber zwangsläufig in Fortfall. Der Weg war frei für die Urfehde des späten Urfehdewesens als formalisierter Bestandteil des Landesverweises. Die Urfehde war damit aber tendenziell selbst zur Strafe geworden, was sie ursprünglich nie gewesen war! In diesem Sinne kann davon gesprochen werden, daß in der späten Urfehde ihre Transformation vom Einigungsschwur zum Unterwerfungseid zum Abschluß gekommen ist[19].

[19] G. Jerouschek - A. Blauert, *Zwischen Einigungsschwur und Unterwerfungseid. Zur obrigkeitlichen Usurpation des Urfehdewesens* (Vortrag gehalten auf der Arbeitstagung des DFG-Forschungsschwerpunkts: «Die Entstehung des öffentlichen Strafrechts», Würzburg, 30.9.-3.10.1997, Tagungsdokumentation in Vorbereitung). Als grundlegende Arbeit zur Entwicklung und Funktion der Urfehde, siehe immer noch W. Ebel, *Rostocker Urfehden*.

In Kursachsen markieren berufener Ansicht zufolge die *Kursächsischen Konstitutionen* von 1572, darauf hat H. Lück verschiedentlich hingewiesen, die Wende zum öffentlichen Strafrecht[20]. Von der Urfehde handeln die 47. und die 48. *Konstitution* mit ihren Ausführungen zum Landesverweis mit oder ohne Staupenschlag sowie zum Urfehdebruch, der hier die unerlaubte Rückkehr Landesverwiesener meint[21]. Urfehde bzw. Landesverweis in Verbindung mit dem Staupenschlag sollten, so läßt sich zeigen, für einen Zeitraum von nicht weniger als zweihundert Jahren eine herausragende Rolle im System der arbiträren Strafen spielen[22].

Am kursächsischen Beispiel ist es auch möglich, die Entwicklung bis zur Abschaffung der Urfehde bzw. des Landesverweises zu erhellen. So war es in Kursachsen spätestens seit der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts in bestimmten Fällen möglich, den Landesverweis durch eine Geldbuße abzulösen. (Was freilich, unter abweichenden Ausgangsvoraussetzungen, schon auf früheren Entwicklungsstufen der Urfehde möglich war.) Die sogenannten *Decisionen* von 1661 führen dazu aus in der *Decisio 91*, die der Frage gewidmet ist, ob die einem in Haft befindlichen Übeltäter gemachte Zusage, seine Strafe zu mildern, sofern er gütlich gestehe, auch zu halten sei:

> «Weil auch die Verwandlung der Landesverweisung und Gefängnisstrafen, vermöge Unserer Resolution der Landesgravaminum Tit. von Justitiensachen §. 59. den Gerichtsherrn auf gewisse Weise verstattet: so sollen sie zwar, wofern sie in Fällen, darinnen die Landesverweisung oder Gefängnisstrafe erkannt wird, dem Verhafteten, wenn er die That gütlich bekennen würde, Linderung der Strafe versprochen, solche Zusage zu halten schuldig seyn, jedoch daß den piis causis, was ihnen zum Besten in bemeldetem §. 59. verordnet, nichts entzogen werde»[23].

Entscheidend in der hier eingenommenen Perspektive sind die siebziger und achtziger Jahre des 18. Jahrhunderts mit ihrer grundsätzlichen Abkehr

[20] Siehe zuletzt H. LÜCK, *Ein Magdeburger Schöffenspruch für den Bischof von Meißen und das «peinliche Strafrecht» im frühneuzeitlichen Kursachsen*, in U. JOHN - J. MATZERATH (edd), *Landesgeschichte als Herausforderung und Programm. Karl-Heinz Blascke zum 70. Geburtstag*, Stuttgart 1997, S. 241-257; DERS., *Beginn, Verlauf und Ergebnisse des «Strafverfahrens» im Gebiet des sächsischen Rechts (13. bis 16. Jahrhundert)*, in «Sachsen und Anhalt. Jahrbuch der Historischen Kommission für Sachsen-Anhalt», 21, 1998, S. 129-150.

[21] Einen Abdruck gibt beispielsweise J. WEISKE, *Handbuch der Strafgesetze des Königreiches Sachsen von 1572 bis auf die neueste Zeit*, Leipzig 1833, S. 14 f.

[22] Ich beabsichtige, das kursächsische Beispiel ausführlicher in der in Anm. 18 angekündigten Studie zu behandeln.

[23] Christian G.H. HAUBOLD, *Handbuch einiger der wichtigsten chursächsischen Gesetze von allgemeinerm Inhalte*, Leipzig 1800, S. 248 f.

von der zweihundertjährigen Praxis von Staupenschlag und Landesverweis unter Hinweis auf die «nachteiligen Folgen», die dadurch entstanden seien, «daß die Verbrecher aus einem Lande in das andere gewiesen worden»[24]. Es sollen statt dessen künftighin Zuchthaus- bzw. Gefängnisstrafen ausgesprochen werden. In einer diesbezüglichen, nach 1770 erlassenen Instruktion heißt es dazu:

«Auf die Landesverweisung mit oder ohne Staupenschläge ist vors künftige das Erkenntnis nicht weiter zu richten; in denjenigen Fällen aber, wo zeiher darauf gesprochen worden, statt 1 Jahr Landesverweisung, auf 6 Wochen Gefängnis, statt 2 Jahr Landesverweisung, auf 8 Wochen Gefängnis, statt 3 Jahr Landesverweisung, auf ein Viertel Jahr Zuchthausarbeit, statt 4 Jahr Landesverweisung, auf ein halbes Jahr Zuchthausarbeit, statt 5 Jahr Landesverweisung, auf ein Jahr Zuchthausarbeit, statt 10 Jahr Landesverweisung, auf 2 Jahr Zuchthausarbeit, statt ewiger Landesverweisung, auf 3 Jahr Zuchthausarbeit, statt ewiger Landesverweisung mit Staupenschlägen, auf 4 Jahr Zuchthausarbeit zuerkennen»[25].

4. *Urfehde und abweichendes Verhalten*

Ich wollte im betreffenden Teil meiner Arbeit Fragen stellen wie: Wegen welcher Vergehen bzw. Verbrechen wurde eigentlich mehrheitlich Urfehde geschworen? Änderte sich das im Laufe der Zeit? Läßt die Beschäftigung mit Urfehden repräsentative Aussagen über Häufigkeits- und Verteilungsaspekte im spätmittelalterlichen und frühneuzeitlichen Deliktspektrum zu? Oder präsentieren sie uns nur einen Ausschnitt davon? Und natürlich auch: Funktionierte das Urfehdewesen schicht- oder geschlechtsabhängig? Ich ließ mich in diesem Zusammenhang von der Vermutung leiten, daß sich bestimmte gesellschaftliche Wandlungs- und Formungsprozesse bzw. deren Tendenz, gewisse Verhaltensanforderungen zu stellen, und abweichendes Verhalten zu inkriminieren, in Urfehden abgebildet haben. Quellensamples zu einzelnen Delikten bzw. Deliktgruppen sollten schließlich die Grundlage für die Herausarbeitung regelrechter Kollektivbiographien bestimmter Typen von Delinquenten und Delinquentinnen darstellen.

Schon die Beantwortung der zuerst angeschnittenen Fragen – Wegen welcher Vergehen wurde mehrheitlich Urfehde geschworen? Änderte sich das? – stellte mich vor eine Reihe so nicht erwarteter quellenkritischer und interpretatorischer Probleme, auf die ich im folgenden aus Zeitgründen freilich nicht näher eingehen möchte. Gerd Schwerhoff, der sich unlängst ausführlich mit den Chancen und vor allem mit den Grenzen der quanti-

[24] J. Weiske, *Handbuch*, S. 153.

[25] *Ibidem*, S. 137.

tativen Auswertung von Kriminalquellen auseinandergesetzt hat, plädiert denn auch für eine sorgfältige Beachtung des überlieferungsgeschichtlichen, rechtlichen und institutionellen Kontextes, da die statistische Methode sonst in die Irre führen muß[26]. Ich entschloß mich daher, mich bei meinen kriminalitätsgeschichtlichen Untersuchungen stärker, als das bei meinen rechtsgeschichtlichen Untersuchungen der Fall gewesen war, auf ausgewählte, geschlossene Urfehdenbestände zu stützen.

Eine erste Absicherung und Differenzierung der formulierten Arbeitshypothesen erreichte ich auf der Grundlage einer Auszählung von ca. 1.100 Freiburger Urfehden der Jahre 1331-1780. Sie erbrachte die erhofften Hinweise auf signifikante Veränderungen im Spektrum des in und mit Urfehden inkriminierten abweichenden Verhaltens. Es sind nach Ausweis der Freiburger Quellen die 1550'er Jahre, in denen sich eine kriminalitätsgeschichtlich äußerst interessante 'Schere', wie ich das genannt habe, öffnet: Dominierten bis zu diesem Zeitpunkt die Gewaltdelikte und die Vergehen und Verbrechen gegen die Obrigkeit, so überwiegen danach immer mehr die Eigentums- und Sittlichkeitsdelikte. Ein Zusammenhang letzterer mit den reformatorischen bzw. sittenreformerischen Ansprüchen der Zeit schien mir evident zu sein.

In einer mir von Peter Wettmann-Jungblut freundlicherweise zur Verfügung gestellten, damals noch unveröffentlichten Studie zu Freiburg wird die von mir ins Auge genommene zweiphasige Entwicklung noch differenzierter, nämlich als dreiphasige Entwicklung, dargestellt. Demnach ist in dem langen Zeitraum zwischen dem 14. und dem 18. Jahrhundert eine Entwicklung weg von den Gewaltdelikten sowie den Verbrechen und Vergehen gegen die Obrigkeit über die Sittlichkeits- und Gewaltdelikte hin zu den Eigentums- und Sittlichkeitsdelikten als den vorrangig verfolgten Formen abweichenden Verhaltens zu konstatieren[27]. Die Themen der folgenden, zeitlich gestaffelten Kapitel meiner Arbeit ergaben sich aus dem zuletzt Gesagten wie von selbst: Das erste von drei Kapiteln betrachtet anhand ausgewählter Schwäbisch Haller und Nördlinger Quellen das Urfehdewesen

[26] G. SCHWERHOFF, *Falsches Spiel. Zur kriminalhistorischen Auswertung der spätmittelalterlichen Nürnberger Achtbücher*, in «Mitteilungen des Vereins für Geschichte der Stadt Nürnberg», 82, 1995, S. 23-35, hier S. 34.

[27] Die 81 S. umfassende Studie ist Teil eines mittlerweile abgeschlossenen, an der Universität Saarbrücken durchgeführten Dissertationsprojekts mit dem Titel: *Der nächste Weg zum Galgen? Studien zur Eigentumskriminalität in Südwestdeutschland (1550-1850)*. Ich bedanke mich beim Verfasser für die mir freundlich gewährte Einsicht in das unveröffentlichte Manuskript.

spätmittelalterlicher Städte, akzentuiert das auffällige Maß an verbaler und körperlicher Gewalt im täglichen Leben der Stadtgesellschaften und arbeitet die Bedeutung des Urfehdewesens für die Wahrung des städtischen Friedens heraus. Das zweite dieser drei Kapitel charakterisiert das Urfehdewesen des 16. und 17. Jahrhunderts am Beispiel von Hochstift und Reichsstadt Speyer und beschreibt es als Medium zeitgenössischer Disziplinierungs- und Konfessionalisierungsprojekte. Das dritte und letzte Kapitel untersucht an Schwäbisch Haller und vorderösterreichischen Quellen das Urfehdewesen des 18. Jahrhunderts und stellt die Verfolgung von Eigentums- und Sittlichkeitsdelikten in den Kontext absolutistischer Herrschaftsvorstellungen und -praxis. Dabei bestand ausreichend Gelegenheit, den Freiburger Befund weiter zu differenzieren. Denn was im 16./17. und was im 18. Jahrhundert als Sittlichkeits- und Eigentumsdelikt – und vor allem auch wie – verfolgt wurde, das hatte seinen Charakter durchaus verändert. Auf einige der Aspekte bzw. Themen, die mich in dem angedeuteten Zusammenhang interessiert haben, kann ich im folgenden kurz eingehen.

Thema des Spätmittelalter- und des Schlußkapitels meiner Arbeit war unter anderem die Frage, ob von einem Rückgang der manifesten Gewalt, ja sogar von einer Internalisierung eines neuen Verhältnisses zur Gewalt im Umgang der Menschen miteinander gesprochen werden kann. Die Antwort auf diese Frage könnte positiv ausfallen, da sich nachweislich eine Vielzahl von Gewalttätern in den Maschen des Regelwerks und der Disziplinierungsmaßnahmen des Urfehdewesens verfingen und dies im Laufe der Zeit immer weniger wurden. Es erschien mir an dieser Stelle jedoch sinnvoll, zwischen einer (nur) äußeren und einer inneren Pazifierung der Menschen zu unterscheiden. (Leider kann ich die genannten Begriffe hier nicht weiter ausführen, was zweifellos notwendig wäre.) Die Reduktion der Gewaltrate in den Kriminalstatistiken des Spätmittelalters und der Frühen Neuzeit habe ich in diesem Sinne zuallererst als äußere Pazifierung begriffen, nicht notwendigerweise als eine innere, die ein verändertes, internalisiertes Verhältnis zur Gewalt selbst zum Ausdruck gebracht hätte. Verschiedene Beobachtungen bestärken mich in der Sicht, mehr von einer Kanalisierung und Umlenkung, denn von einer wirklichen Reduktion der Gewalt im Zuge des sogenannten Zivilisationsprozesses zu sprechen. Im Hinblick auf zukünftige Forschungen plädiere ich daher dafür, immer scharf zwischen den beobachteten Manifestationen von Gewalt und den latenten Dispositionen zur Gewalt zu unterscheiden. Letztere finden sich wandelnde Ausdrucksbedingungen vor und äußern sich in ganz unterschiedlicher Form. Darüber, also über bestimmte Artikulationen von Gewalt und deren Bedingungen sowie die verschiedenen Versuche, sie einzudämmen, und

nicht über das Phänomen der Gewalt an sich, vermochte meine Untersuchung und hier insbesondere das spätmittelalterliche Schwäbisch Haller und Nördlinger Beispiel, vermögen kriminalitätsgeschichtliche Arbeiten ausschnittartig zu berichten[28].

Das Speyer-Kapitel meiner Arbeit stellte die Frage, welche Rolle das Urfehdewesen in und für die zeittypischen Disziplinierungs- und Konfessionalisierungsprojekte des 16. und 17. Jahrhunderts zu spielen vermochten, die im interessierenden Zeitraum, so mein Eindruck, im Phänomen der Sittenzucht konvergierten. Manifest ist für mich der zeitliche Gleichklang ganz ähnlicher Anstrengungen und Bemühungen von Bistümern, Städten und Territorien im ganzen Reich und über die Konfessionsgrenzen hinweg. Überall wurden seit Anfang des 16. Jahrhunderts Ehe-, Landes-, Polizei-, Zucht- und andere Ordnungen erlassen. In dieser Perspektive erschien es mir angebracht, von einem beträchtlichen Disziplinierungsdruck zu sprechen, der vor allem dann am Ende des 16. und am Anfang des 17. Jahrhunderts auf den Menschen lastete. Er fand sein Pendant in dem gegenüber dem Spätmittelalter deutlich gesteigerten persönlichen, gelegentlich fast schon bekenntnishaften 'Ton' der Urfehden. Das späte 16. und das frühe 17. Jahrhundert – und nicht erst das, mit Wettmann-Jungblut, sittenzuchtversessene späte 17. Jahrhundert – ist in dieser Perspektive für mich geradezu ein Paradebeispiel für den massiven gesellschaftlichen Einfluß, den explizit formulierte Sittenzuchtprojekte gewinnen können. Susanna Burghartz hat ganz in diesem Sinne die 1580'er Jahre sogar als den eigentlichen Beginn des Ancien Régime bezeichnet[29].

Die Beschäftigung mit Urfehden eröffnet in diesem Zusammenhang besondere Erkenntnismöglichkeiten. Denn anders als in vielen Studien zur Disziplinierungs- und Konfessionalisierungsproblematik erlaubt sie eine erfahrungsgeschichtliche Bewertung der Verhaltensanforderungen, die – in meinem Fall – die katholische Reform an die Speyerer Geistlichen stellte. Was noch einmal ein bißchen etwas anderes ist, als, zweifellos richtig, auf die sogenannten Grenzen der interessierenden Zuchtprojekte hinzuweisen. Denn möglich wird bei mir eine 'Innensicht' der Disziplinierungs- und Konfessionalisierungsproblematik und das heißt: der Verhaltens-'zumutungen',

[28] Siehe ausführlicher dazu und zum folgenden meine diesbezüglichen Ausführungen in A. BLAUERT, *Urfehdewesen*. Wichtige Anregungen zur gesellschaftlichen Rolle der Gewalt vermittelte M. DINGES, *Gewalt und Zivilisationsprozeß*, in «Traverse», 1995, 1, S. 71-82.

[29] S. BURGHARTZ, *Zeiten der Reinheit – Orte der Unzucht. Ehe und Sexualität in Basel während der Frühen Neuzeit*, Paderborn 1999, S. 288.

die das katholische Reformprojekt für die Speyerer Geistlichen bedeutete[30].

Deutet der unverändert hohe Anteil von Sittlichkeitsdelikten in den Kriminalstatistiken des 18. Jahrhunderts vorderhand auf den weiterhin ungebrochenen Willen der geistlichen und weltlichen Eliten, für die 'moralisch-religiöse Policey' ihrer Untertanen zu sorgen, so verlangt der hohe Anteil von Eigentumsdelikten in diesen Statistiken eigene Deutungen. Der Befund selbst ist seit mehr als dreißig Jahren ein beständiges, wenn auch kontrovers diskutiertes Thema der Forschung. Ich erinnere nur an die sogenannte «Violence-Au-Vol-These» der Historischen Kriminalitätsforschung, die besagt, daß die Bedeutung bzw. die gerichtliche Verfolgung der Gewaltdelikte in unseren Gesellschaften seit dem späten Mittelalter beständig zurückgegangen sei – hier ergeben sich Verbindungen zur angeschnittenen 'Gewaltdiskussion' – und daß die Gewaltdelikte von den Eigentumsdelikten als den Delikten, die die Gerichte vorrangig beschäftigten, mehr und mehr abgelöst worden seien. Meine Untersuchungen zum Urfehdewesen des 18. Jahrhunderts erlauben einige Präzisierungen.

Dazu war es nötig, meine auf den ersten Blick so unterschiedlichen Schwäbisch Haller und vorderösterreichischen Befunde – hoher Anteil von unterschichtlichen Sittlichkeitsdelikten in den Schwäbisch Haller Urfehdebüchern, hoher Anteil von Eigentumsdelikten in den vorderösterreichischen 'Beschreibungen' – als zwei Seiten einer Medaille zu begreifen: Sowohl die Verfolgung der Sittlichkeits-, wie auch die Verfolgung der Eigentumsdelikte war jetzt von der Sorge der Obrigkeiten um die 'moralisch-ökonomische Policey' ihrer Untertanen getragen. Nicht mehr dem Streben nach 'sittlich-moralischer Erneuerung' im Sinne des 16. und 17. Jahrhunderts galt jetzt ihr Hauptaugenmerk, sondern der Propagierung eines «neuen ökonomischen Denkens», wie das André Holenstein einmal genannt hat[31]. Erweisen hierbei

[30] Die angeschnittenen Fragen und Probleme diskutieren in allgemeiner Perspektive: H. SCHILLING, *Konfessionsbildung und Konfessionalisierung*, in «GWU», 42, 1991, S. 447-463 und 779-794; DERS., *Konfessionelles Zeitalter*, in «GWU», 48, 1997, S. 350-370 und 618-627; H.R. SCHMIDT, *Konfessionalisierung im 16. Jahrhundert*, München 1992. Siehe auch die zwischen Schilling und Schmidt entbrannte Kontroverse: H. SCHILLING, *Disziplinierung oder «Selbstregulierung der Untertanen»? Ein Plädoyer für die Doppelperspektive von Makro- und Mikrogeschichte bei der Erforschung der frühmodernen Kirchenzucht*, in «Historische Zeitschrift», 264, 1997, S. 675-691 und H.R. SCHMIDT, *Sozialdisziplinierung? Ein Plädoyer für das Ende des Etatismus in der Konfessionalisierungsforschung*, in «Historische Zeitschrift», 265, 1997, S. 639-682.

[31] André Holenstein in einem Vortrag, gehalten auf dem Jahrestreffen des Arbeitskreises Historische Kriminalitätsforschung in Stuttgart-Hohenheim vom 2.-4.5.1996.

die Schwäbisch Haller Quellen noch den bedingten Willen zu einem differenzierten Umgang mit den Abweichlern von den gesetzten sittlichen Normen, so zeigen die 'Beschreibungen', wie mit den abgebrochenen, vornehmlich die Eigentumsordnung der Gesellschaft bedrohenden Teilen der Bevölkerung im Vagantenmilieu umgegangen wurde. Wer in diesem Milieu angekommen war, der konnte und sollte nicht mehr in die Gesellschaft integriert werden, sondern lebte an ihrem Rande, immer von neuem in der Gefahr, aufgegriffen und über die nächste Stadt- oder Landesgrenze abgeschoben zu werden.

Es erscheint mir in diesem Zusammenhang notwendig, den Rigorismus der Gerichte – ihre Opfer waren wie gesagt vornehmlich, wenn auch natürlich nicht ausschließlich, die gesellschaftlichen Unterschichten und Randgruppen – als einen letztlich zum Scheitern verurteilten Versuch zu charakterisieren, gesellschaftliche Ordnungs- und Wertvorstellungen durch Ausgrenzung ganzer Gruppen durchzusetzen, zu deren Integration die Gesellschaft nicht mehr oder besser: noch nicht in der Lage war. Ins Auge springt dabei, daß die Bereitschaft der Gesellschaft zur Integration der Abweichler von den sozialen Normen im Zuge des komplexen Prozesses frühmoderner Staatsbildung zunehmend geringer geworden ist. Das Spätmittelalter mit seinem deutlich geringeren Grad an 'Staatlichkeit', der Ausgangspunkt meiner Untersuchung, kannte dagegen – an dieser Stelle schließt sich so der Kreis meiner Ausführungen – bedeutend weniger diskriminierende Formen des Umgangs mit abweichendem Verhalten als das 18. Jahrhundert.

5. *Ausblick*

Studien, wie die hier vorgestellte, laufen immer wieder Gefahr, einem recht einfachen Gesellschaftsmodell nachzuhängen: Auf der einen Seite der sich entwickelnde und sich immer mehr durchsetzende, strafende Staat, auf der anderen Seite die Untertanen bzw. Bürger, immer mehr Objekte der Gängelung und Unterdrückung durch das vom Staat gesetzte Recht. Neuere kriminalitätsgeschichtliche Arbeiten haben dagegen mit Nachdruck darauf hingewiesen, daß der bei mir anklingende, idealtypische Prozeß der Verstaatlichung der (Straf-)Justiz ein vielschichtiger Vorgang war, der nicht nur 'von oben', eben von den Protagonisten moderner Staatsbildung, betrieben wurde. Vielmehr bestanden diesbezügliche Initiativen und Nachfragen auf den verschiedensten gesellschaftlichen Ebenen. In diesen Zusammenhang gehört, daß Recht im Spiel der gesellschaftlichen Kräfte immer wieder

neu ausgehandelt und von allen gesellschaftlichen Gruppen bzw. in allen gesellschaftlichen Schichten in spezifischer Weise 'genutzt' wurde, um die je eigenen Interessen zu verfolgen. In einer ganzen Reihe von Studien wird daher völlig zurecht auf die Grenzen staatlicher Macht bzw. der Macht ihrer Gerichtsorgane noch im Zeitalter des Absolutismus hingewiesen. In weiterer Perspektive gehört dazu, daß auf Phasen der Kriminalisierung bestimmter Formen abweichenden Verhaltens immer auch Phasen der Entkriminalisierung dieses abweichenden Verhaltens folgten[32].

Doch ungeachtet all dieser Einschränkungen: Wer eine Arbeit schreibt, die die Entwicklung eines Rechtsinstituts und seiner Funktionskontexte über einen mehrhundertjährigen Zeitraum betrachtet, der muß langfristige Entwicklungen im Aufbau der untersuchten Gesellschaft zu berücksichtigen versuchen. 'Verfestigungen' im Bereich von Staat und Justiz, wie ich das einmal nennen möchte, gehören ganz unzweifelhaft dazu und müssen in einer Langzeitstudie wie der meinen ihre gebührende Beachtung finden. Zumal dann, wenn die Untersuchung der Urfehde den angesprochenen Prozeß der Verstaatlichung der (Straf-)Justiz keineswegs nur unterstellt, sondern exemplarisch zur Darstellung zu bringen vermag. Etwas anderes ist es, wie mein Kollege Martin Dinges darauf zu insistieren, daß Justiz und ihre Nutzung gerade einmal ein Medium der sozialen Kontrolle darstellen, und daß daneben weitere «Sozialkontrollagenturen» (Nachbarschaft, Zünfte usw.) wirken. Zu einem hinreichenden Verständnis der Bedeutung oder der Rolle der staatlichen Justizorgane in einer bestimmten Gesellschaft gelangen wir in dieser Perspektive erst dann, dem möchte ich prinzipiell zustimmen, wenn wir die Reichweite ihres Handelns mit der der angesprochenen anderen Sozialkontrollagenturen in Beziehung setzen. Dann könnte es möglich werden, so der faszinierende Ausblick von Martin Dinges, zu einer «Typenbildung von Gesellschaften unter der Perspektive sozialer Kontrolle» zu gelangen, indem wir danach fragen, welche Formen der sozialen Kontrolle bestimmte Gesellschaften bevorzugt «nachfragen»[33].

[32] A. SOMAN, *Deviance and Criminal Justice in Western Europe (1300-1800): An Essay in Structure*, in «Criminal Justice History», 1, 1980, S. 3-28. H. REIF, *Einleitung*, in H. REIF (ed), *Räuber, Volk und Obrigkeit. Studien zur Geschichte der Kriminalität in Deutschland seit dem 18. Jahrhundert*, Frankfurt a.M. 1984, S. 7-16, hier S. 15 f. R. VAN DÜLMEN, *Vorbemerkung*, in R. VAN DÜLMEN (ed), *Verbrechen, Strafen und soziale Kontrolle* (Studien zur historischen Kulturforschung, 3), Frankfurt a.M. 1990, S. 7-135, hier S. 8. R. MUCHEMBLED, *Le temps des supplices*.

[33] M. DINGES, *Justiznutzungen als soziale Kontrolle in der Frühen Neuzeit*, in A. BLAUERT - G. SCHWERHOFF, *Kriminalitätsgeschichte*, S. 503-544, hier S. 544.

Pace pubblica e pace privata: linguaggi e istituzioni processuali nell'Italia moderna

di *Marco Bellabarba*

The Peace in the Feud[1], uno dei primi lavori di antropologia giuridica di Max Gluckmann, sottolineava l'importanza del concetto di pace nella cultura dell'Africa novecentesca. Pubblicato su una rivista di storia, non di antropologia, il saggio scopriva a ritroso nei secoli le lunghe e aggrovigliate radici del «common interest in a modicum of peace». Come un efficace istinto di conservazione, quell'interesse viaggiava infatti secondo Gluckmann dai villaggi rhodesiani del XX secolo alle lande dell'Inghilterra medievale. Una stessa giustapposizione di tradizioni giuridiche diverse (sassoni, gaeliche, normanne), uno stesso genere di possesso fondiario diviso tra lignaggi famigliari avvicinava quella società del passato al mondo dell'Africa contemporanea. E in entrambi i casi, senza eccessive lacerazioni, dosando pressioni famigliari e consuetudini giudiziarie, i loro abitanti erano stati in grado di trattenere sotto una soglia accettabile i conflitti che solcavano le loro società[2].

La presa in prestito di termini giuridici del medioevo europeo e il loro trasbordo nelle società tribali africane costò a Gluckmann una dura polemica scientifica[3], che inseguì per anni le sue ricerche. Già allora però, in mezzo ad accese discussioni sul diritto dei popoli primitivi e moderni il tema della pace si era assicurato una nicchia molto solida di attenzioni: come si componesse un dissidio senza la violenza, quali persone o rituali fossero chiamati ad agire, a che genere di risorse culturali o tecniche si attingesse, furono argomenti che appassionarono gli studiosi delle società coloniali dopo la provocazione lanciata da *The Peace in the Feud.*

1 M. GLUCKMANN, *The Peace in the Feud*, in «Past and Present», 8, 1955, pp. 1-14.

2 Cfr. R. MOTTA, *Teorie del diritto primitivo. Un'introduzione all'antropologia giuridica*, Milano 1986, pp. 143-149.

3 Riassunta in S.F. MOORE, *Law as Process. An Anthropological Approach*, London 1978.

Il filo delle attenzioni si è invece rotto e faticosamente ricucito più volte nelle discipline che avevano suggerito a Gluckmann la sua personale esplorazione nel passato. Una solida tradizione di studi giuridici aveva sempre avvertito il rilievo costituzionale della pace nelle società medievali. A fine Ottocento la *History of English Law* di Frederick Pollock e William Maitland aveva basato l'intero sistema feudale inglese sulla saldatura fra *seisin* (la *possessio* d'età normanna) e *peace* garantita dall'autorità regia, l'opposto di quel ricorso individuale alla forza che minacciava la quiete pubblica del regno incrinando la tranquillità dei possedimenti fondiari[4]. Qualche decennio più tardi anche il diritto penale germanico ricostruito da Rudolf His affidava alla *Friede* le sue momentanee speranze di efficacia. Nell'impero la fitta trama di città, signorie rurali, principati dinastici non si era risolta ad accettare subito una legislazione vietante il diritto alle ritorsioni armate; ma per quanto le relazioni di potere dentro il quadro germanico seguissero più i destini delle grandi famiglie aristocratiche che non dei territori, l'opposizione fra pace e faida, il dissidio fra un'ideale di armonia civile e l'angoscia per la *pax violata*, erano state il solo binomio teorico in mano ai giuristi che auspicavano per l'impero un assetto politico più pacato[5].

Mettere assieme le ricerche degli antropologi con gli affondi di qualche grande storico del diritto non è stato facile sino a pochi decenni fa. Nei corridoi delle cattedrali giudiziarie di antico regime si sono aggirati a lungo solo giuristi di grande sapere e uomini di legge – giudici, avvocati, notai – alle prese con sottili letture di testi. Poco a poco tuttavia le suggestioni giunte da mondi giudiziari privi di leggi scritte hanno fatto breccia nelle abitudini degli studiosi. La scoperta di ciò che accade ai margini dei tribunali ha portato a un nuovo interesse verso quella zona grigia in cui si mescolano diritto e pratiche informali e dove 'giustizia' e 'pace' vivono gomito a gomito, proprio come aveva immaginato Max Gluckmann.

Ad esempio, i legami che stringono giustizia pubblica e modi di composizione privata delle dispute[6] sono parsi avvolgere l'attività ordinaria delle corti di giustizia italiane di età comunale. Letti uno per uno, i registri del maleficio compilati dai podestà comunali recano le tracce di atti compositivi con una «ricchezza di significati» che estende a dismisura il concetto di pace

[4] Cfr. F. POLLOCK - F.W.MAITLAND, *The History of English Law Before the Time of Edward I*, Cambridge 1895, II, pp. 38 ss.

[5] Cfr. R. HIS, *Das Strafrecht des deutschen Mittealters*, Aalen 1964 (rist. anast. Weimar 1920), I, pp. 263 ss.

[6] Cfr. P. STEIN, *I fondamenti del diritto europeo. Profili sostanziali e processuali dell'evoluzione dei sistemi giuridici*, Milano 1987 (ed. orig. London 1984).

e ne moltiplica i «momenti di connessione tra le sue valenze simboliche e le applicazioni pratiche»[7]. La stessa cultura raffinata dei *doctores* italiani si mostra incline ad armonizzare la severità della repressione pubblica con la tutela di una giustizia più vicina ai bisogni dei sudditi, come se la debolezza istituzionale dei governi urbani riconosca nella procedura della *compositio* la sola in grado di rispondere ad alcune esigenze peculiari: la soluzione pacifica delle contese private, il coinvolgimento dell'autorità pubblica come istanza di mediazione garantita dal velo dell'ufficialità, la sicurezza di un livello accettabile di pace cittadina e di ordine sociale[8].

La confusione di pratiche processuali non fu sempre un ripiego indotto dalla fragilità del potere giudiziario. Talvolta, di fronte all'erompere delle consuete faide nobiliari, il ricorso alla mediazione privata segnò la rinuncia degli organi pubblici a far valere le proprie prerogative; le condanne in contumacia o i bandi registrati nei libri delle sentenze nascondevano spesso l'imbarazzo di un'inchiesta fermata ad arte in attesa che i famigliari delle parti trovassero una soluzione informale gradita a tutti.

Ma anche all'esterno dei palazzi publici, notai, parroci, giurisperiti scrivevano in fretta carte di pace su incarico di persone comuni, implicate in alterchi o risse di poco conto[9]; e la quotidianità di queste scritture aveva un significato diverso dalle omissioni a cui si rassegnavano i giudici comunali. Era piuttosto l'espressione del vasto terreno di abitudini, regole di vita comunitaria, precetti religiosi che affiancavano in modo silenzioso il catalogo delle norme scritte. Lungo l'incerto crinale che correva fra diritto e consuetudine, fra vita religiosa e vita associata, si dispiegava in antico regime una vasta gamma di comportamenti volti a comporre i conflitti individuali[10]:

[7] M. VALLERANI, *Pace e processo nel sistema giudiziario del comune di Perugia*, in «Quaderni storici», 101, 1999, pp. 313-353; dello stesso autore si vedano inoltre, *I processi accusatori a Bologna fra Due e Trecento*, in «Società e storia», 78, 1997, pp. 741-788, e *Liti private e soluzioni legali. Note sul libro di T. Kuehn e sui sistemi di composizione dei conflitti nella società tardomedievale*, in «Quaderni storici», 89, 1995, pp. 546-557. Per la prima età comunale ora l'importante volume di C. WICKHAM, *Legge, pratiche e conflitti. Tribunali e risoluzione delle dispute nella Toscana del XII secolo*, Roma 2000.

[8] Cfr. M. SBRICCOLI, *Legislation, Justice and Political Power in Italian Cities, 1200-1400*, in A. PADOA-SCHIOPPA (ed), *Legislation and Justice (European Science Foundation. The Origins of the Modern State in Europe 13th to 18th Centuries)*, Oxford - New York 1997, p. 43.

[9] Cfr. R.B. SHOEMAKER, *Prosecution and Punishment. Petty Crime and the Law in London and Rural Middlesex, c. 1660-1725*, Cambridge 1991, e G. SCHWERHOFF, *Aktenkundig und Gerichtsnotorisch. Einführung in die Historische Kriminalitätsforschung*, Tübingen 1999.

[10] Alcune messe a punto teoriche ed esemplificazioni pratiche in A.M. HESPANHA, *La gracia del derecho. Economia de la cultura en la edad moderna*, Madrid 1993, pp. 23-24;

«remissioni», «perdoni» e «rinunce» mediate da ecclesiastici che s'incaricavano di comporre i dissidi dei loro parrocchiani prima del loro approdo ai banchi della giustizia[11]; penitenze per crimini di sangue scontate a forza di preghiere e genuflessioni settimanali nelle navate delle cattedrali[12], pellegrinaggi a Roma o in altri luoghi sacri della cristianità decretati a carico dei colpevoli di un omicidio. Sopra tutto ciò premeva il «sovrasenso religioso» attribuito alla composizione privata dei conflitti[13]. Il nesso fra perdono, penitenza e riconciliazione[14] ribadito pagina dopo pagina nei manuali per i confessori avvolgeva di un caldo respiro di sacralità le pratiche conciliative; l'ideale di una società cristiana disposta a cancellare le infrazioni più detestabili purché gli uomini trovassero la via sincera al perdono e dimenticassero nel nome di Dio ogni impulso alla vendetta, doveva facilmente intrecciare le strade della giustizia laica a quella religiosa; o come accadeva più spesso, lasciare ad essa la missione di riconciliare i suoi fedeli.

La fitta casistica dei rimedi compositivi intratteneva un rapporto sfumato con le norme di legge tardomedievali; pochi requisiti formali, in primo luogo il perdono concesso al reo dalla famiglia dell'offeso[15], bastavano per gli ufficiali giudiziari a spezzare l'itinerario della causa; il resto, i colloqui fra le parti, le trattative servite a stabilire il risarcimento dei danni, la scrittura dell'atto di pace, erano compiti lasciati alle famiglie implicate o ai loro rappresentanti. Gli statuti cittadini fissavano certo i tempi e le persone chiamate a mediare la contesa «sine strepitu et figura iudicii»[16], stabilivano il

S. ROBERTS, *The Study of Dispute: Anthropological Perspectives*, in J. BOSSY (ed), *Disputes and Settlements. Law and Human Relations in the West*, Cambridge 1983, pp. 169-187; M. DINGES, *Justiznutzungen als soziale Kontrolle in der Frühen Neuzeit*, in A. BLAUERT - G. SCHWERHOFF (edd), *Kriminalitätsgeschichte. Beiträge zur Sozial- und Kulturgeschichte der Vormoderne*, Konstanz 2000, pp. 503-544.

[11] Cfr. O. NICCOLI, *Rinuncia, pace, perdono. Rituali di pacificazione della prima età moderna*, in «Studi storici», 40, 1999, pp. 219-261.

[12] Un esempio in M. PELLEGRINI, *Una città in chiesa. Laici e prassi liturgica a Siena nel primo Duecento*, in «Quaderni di storia religiosa» (*Fedeli in chiesa*), 6, 1999, pp. 49 ss.

[13] Così O. NICCOLI, *Rinuncia, pace*, cit., p. 236.

[14] Cfr. G. ANGELOZZI, *Interpretazioni della penitenza sacramentale in età moderna*, in «Religioni e Società», 2, 1986, pp. 73-87.

[15] Una minuziosa analisi del perdono come parte del processo penale offre F.T. VALIENTE, *El perdon de la parte ofendida en el derecho penal castellano (siglos XVI, XVII y XVIII)*, in «Anuario de historia del derecho español», 31, 1961, pp. 55-114.

[16] Le illustra sommariamente il vecchio libro di T. GATTI, *L'imputabilità, i moventi del reato e la prevenzione criminale negli statuti italiani dei secoli XII-XVI*, Padova 1933, pp. 580-592.

minimo di presenze richieste nei tribunali e le formalità dei documenti; ma in realtà l'intera sequela del procedimento, ancora impregnata di forme del processo accusatorio, faceva trasparire più i tratti di una giustizia governata dalle parti che non dagli organismi pubblici.

Se un certo grado di flessibilità distingueva le procedure compositive rispetto alle previsioni statutarie, un altro genere di rigore, fatto di segni e di azioni rituali, guidava il loro svolgimento; ad esempio, quando arrivava il momento di comunicare che finalmente si era trovato un punto d'accordo in grado di appianare la controversia. Proprio perché i litigi tra i membri di una comunità non offendevano «semplicemente la legge, ma le regole fondamentali del vivere comune», e perciò i conflitti, anche se privati, avevano sempre un carattere sopraindividuale[17], tutta la comunità teneva a conoscerne pubblicamente la fine. Per questo motivo un deciso bisogno di solennità accompagnava i rituali di pacificazione quattro-cinquecenteschi.

Le contrade cittadine e soprattutto le chiese fanno da sfondo abituale alla stipula delle paci. Lungo le strade sfilano lentamente i cortei nuziali che annunciano la chiusura di una faida[18] e in chiese stracolme di nobili e di dignità pubbliche i capi delle fazioni avversarie sono soliti riunirsi per annunciare la fine delle vendette reciproche[19]. Non a caso, quando la scelta del luogo d'incontro cade su una dimora privata, subito un'infinita serie di cavilli e di sospetti invece di sopire il conflitto lo riaccende[20]. Ancora

[17] Cfr. O. NICCOLI, *Rinuncia, pace* cit., p. 232. Ampiamente, anche J. BOSSY, *Peace in the Post-Reformation. The Birkbeck Lectures 1995*, Cambridge 1998, pp. 1-29.

[18] Cfr. M. BELLABARBA, *Racconti famigliari. Scritti di Tommaso Tabarelli de Fatis e altre storie di nobili cinquecenteschi*, Trento 1997, p. 113. Dopo il corteo nuziale, i capitoli concordati fra i procuratori delle parti imposero la divulgazione in pubblico della pace avvenuta.

[19] Cfr. F. BIANCO, *La «crudel zobia grassa». Rivolte contadine e faide nobiliari in Friuli tra '400 e '500*, Udine 1995, p. 89. La grande chiesa veneziana di San Giovanni Battista ospitò nel 1568 la stesura dell'atto di pace con cui si pose fine agli spargimenti di sangue consumatisi fra i Savorgnan e il resto dei feudatari friulani dall'inizio del XVI secolo. Come racconta un cronista, la pace venne celebrata davanti al procuratore di San Marco e futuro doge Alvise Mocenigo, presenti gran parte della nobiltà provinciale e dell'aristocrazia veneziana. Vicino a Trento, il monastero di Santa Maria alle Sarche ospita nel 1535 la stipula della pace per l'omicidio commesso da Bernardino Malcadelli; sono presenti il vice-pievano, un giurisperito, il capitano del castello di Toblino «et multis aliis prout in similibus actis et pacis convenire solent»: Archivio di Stato Trento (d'ora in poi ASTn), *Notai di Trento*, Giovanni Giacomo Calavino, I/3, c. 82r.

[20] Si veda il divertente episodio della ricomposizione tentata – e miseramente fallita – in casa di uno dei due contendenti raccontato da G. POLITI, *Aristocrazia e potere politico nella Cremona di Filippo II*, Milano 1976, pp. 397-399.

chiese, più piccole ma egualmente affollate, sono il teatro delle paci siglate nei villaggi delle montagne alpine. Persone liberate dal bando per omicidio vengono condotte in chiesa e lì promettono di pentirsi al cospetto di Dio e di tutta la comunità presente simbolicamente nei «testibus» convocati al suono delle campane[21]. Altre, appena tornate in paese dal pellegrinaggio espiativo a Roma, attendono scalze e con un cero in mano davanti alle porte della chiesa che il prete dia loro il permesso di entrare e che i famigliari del defunto le conducano in preghiera, dopo la funzione, a inginocchiarsi sulla tomba della vittima[22].

Sotto gli sguardi attenti e curiosi dei parrocchiani la pace componeva la lacerazione inferta al tessuto politico della comunità accettando di nuovo il colpevole un tempo espulso. In quegli attimi poi, grazie alle preghiere recitate dal suo uccisore, l'anima della vittima strappata al mondo senza nemmeno la possibilità di chiedere perdono dei propri peccati trovava la sospirata salvezza[23]. Tuttavia ricorrere a un notaio o a un ecclesiastico

[21] M. MARCARELLI, *La «Community Law» e gli atti di pace nella Carnia in età moderna*, in «Terra d'Este. Rivista di storia e cultura», 7, 1997, p. 106.

[22] Una lettera inviata al pievano di Vigo Rendena dal principe vescovo Hinderbach nel gennaio 1473 disponeva gli atti penitenziali da infliggere a «Marinus Antonii de Castelletto», colpevole di uxoricidio. Il vescovo aveva avuto notizia del pellegrinaggio a Roma: «Volumus itaque ac mandamus ut pro emendacione publica tanti excessus, absolutione premissa in Romana Curia obtenta non obstante, in loco, seu Plebe dicti commissi penitentiam infrascriptam, quam secundum Deum et conscienciam credimus eidem fore salutarem, faciat et peragat. Eidemque Marino injungimus, ut tribus proximis Dominicis diebus immediate sequentibus nudus supra cinturam ac discalciatus pedibus, coopertus verendis, ante fores Ecclesiae et inicium Misse expectet, preteruntesque roget atque invitet, ut Deum pro peccatis suis ac anima defuncte intercedant, et sic post Crucem in Processione circum circa Ecclesiam fienda incedat, corrigiam in collo et virgas in brachiis in signum penitencie ac contricicionis humiliter deferens: quem et tu similibus virgis et flagellis insequendo in signum emende ac correctionis inter scapulas tangas et disciplines: et tunc demum ante fores Ecclesie constitutum cum psalmo *Miserere mei Deus*, Antiphona et Collecta pro peccatis super Penitentibus dici solitis, in Ecclesiam more solempniter penitenciam inducas, ingressu Ecclesie eidem restituto. Ubi indutus camisea, aut veste simplici ante majus Altare post tergum Sacerdotis Missam publicam celebrantis genuflectat cum candela trium librarum accensa in manibus et funeralibus de more una cum aliis quatuor candelis juxta positis atque preparatis in memoriam defuncte ubi eciam in Missa, ac ea finita circumstantibus ipsius defuncte parentibus, amicis et cognatis, singuli candelas in manibus habentes et ipsum usque ad sepulchrum defunxte prosequentibus, fiat per Celebrantem et alios sacerdotes commemoracio fidelium animarum cum psalmo, antiphona et Collecta pro defunctis, cum planctu, lacrimis, et signis penitencie ...»: B. BONELLI, *Monumenta ecclesiae tridentinae*, III/2, Tridenti 1765, pp. 153-154.

[23] Cfr. J.F. BATTENBERG, *Seelenheil, gewaltsamer Tod und herrschaftliches Friedensinteresse. Zur Auswirkung eines kulturellen Codes auf die Sühne- und Strafpraxis der vormodernen*

affinché registrassero l'atto di pace restava anche un utile espediente procedurale. Nella circostanza di qualche rissa o di ferite non mortali, la remissione di colpa sottoscritta dall'aggredito induceva il giudice a ridurre la pena prevista: «ob pace inter partes secuta», «mitigata tamen poena propter pacem et remissionem», erano formule correnti nei libri di sentenze criminali[24]. Ma per chi fosse incolpato di omicidio la *charta pacis* era l'unico strumento legale in grado di trattenerlo lontano dal patibolo: trascritta da un notaio secondo un formulario e una struttura diplomatica ben precisa, essa costituiva accanto alla *charta inquisitionis* il contenuto minimo dei memoriali spediti allo scopo di ottenere la grazia, come prescriveva lo stile di tutte le grandi corti italiane – senati, rote, consigli principeschi – nelle quali i giudici erano costretti ad attendere la *remissio partis* prima di modificare una sentenza precedente. In una struttura giudiziaria molto frammentata e restia a trasmettere da un'istanza all'altra i reclami in appello, suppliche e petizioni di argomento penale sgusciavano con regolarità attraverso le cancellerie dei tribunali maggiori.

Era un via vai di documenti caro alla discrezionalità della giustizia d'antico regime, che combinava la cura per l'esemplarità di poche punizioni crudeli con una rappresentazione di se stessa mite e comprensiva, applicata verso i sudditi più devoti[25]. Le invocazioni di grazia toccavano dunque un nervo particolarmente scoperto dell'apparato giudiziario. E quelle storie un po' tutte eguali, dove le violenze quotidiane sboccavano presto o tardi in sinceri pentimenti, trovavano facile udienza presso i giudici. Alla consegna del memoriale teneva dietro, il più delle volte, la mitigazione della pena e lo spettro della forca cedeva il posto alla realtà più consolante di una pena pecuniaria o di qualche anno di esilio. A quanto pare, percorrevano questo

Gesellschaft, in M.J. WENNINGER (ed), *Du guoter tôt. Sterben im Mittelalter – Ideal und Realität*, Akten der Akademie Friesach, Friesach (Kärnten), 19.-23. September 1994, Klagenfurt 1998, p. 358, ricostruisce la complessa ritualità delle sanzioni religiose (messe in suffragio, pellegrinaggi espiativi, erezione di *Sühnekreuze*) inflitte ai rei di omicidio fra Tre e Quattrocento non al fine di sgravarne le colpe, bensì per garantire al defunto la salvezza della propria anima. È la *restitutio animae* del defunto a cui accenna, per le Fiandre quattrocentesche, R. FEENSTRA, *Theories sur la responsabilité civile en cas d'homicide et en cas de lésion corporelle avant Grotius*, in R. FEENSTRA, *Fata Iuris Romani. Etudes d'histoire du droit*, Leiden 1974, p. 328.

[24] Cfr. G. PERUSINI, *L'amministrazione della giustizia in una giurisdizione friulana del Cinquecento*, in «Memorie storiche forogiuliesi», 40, 1953, pp. 205-218, in particolare p. 212.

[25] Cfr. Y. CASTAN, *Exemplarité judiciarie, caution ou éveil des études sérielles*, in *Histoire sociale, sensibilités collectives et mentalités. Mélanges Robert Mandrou*, Paris 1985, pp. 51-59.

sentiero così trafficato soprattutto persone colpevoli di aver infranto la legge quasi casualmente, giovani incappati in una rissa mentre ballavano sulla piazza del paese, donne trascinate in un litigio di strada che aveva superato il livello degli insulti, gente comune insomma, più abituata a campare male che non a vivere portando le armi al fianco[26]. Costoro, rinchiusi pieni di paura nella penombra del carcere, sapevano di poter confidare solo in un futuro rescritto di grazia.

Prima del rescritto, comunque, veniva la *charta pacis* ed era in quel punto che il tragitto verso la grazia a volte s'interrompeva. Qualche intoppo magari sorgeva nel determinare i soggetti abilitati a concedere il perdono, la parentela agnatizia dell'offeso nello stile di alcune corti, tutti i titolari del diritto ereditario, inclusi i rami femminili, a detta di altri magistrati. Ma a parte questi ostacoli, d'altronde appianabili con poco, il vero anello debole della catena era l'atto di pace. Intanto perché se ne confezionavano troppi: a dispetto di quanto sostenuto dai testi romanistici[27], ogni sorta di crimine, dal più lieve al più efferato, si poteva accantonare con un accordo delle parti. E inoltre, perché la pace fra i litiganti rappresentava qualcosa di più di un segno d'amicizia ritrovata: «pax enim – scriveva un pratico milanese di fine Cinquecento – est finis discordiae et denotat perpetuam remissionem et fortior est concordia, nam concordia potest esse ad tempus»[28]. Dunque una massa consistente di documenti in circolazione e un fondo di ambiguità sul loro significato.

Se la pace, come si ammetteva, era qualcosa di più della concordia, essa poteva diventare allo stesso tempo necessaria o estranea ai processi. La rarefazione delle richieste di grazia seguite a certi atti di pace avvalorava il sospetto dell'irregolarità di quei metodi misurati sulle *inquisitiones* criminali. A parte la palese non spontaneità di alcuni pentimenti[29], i sospetti divenivano

[26] Cfr. G. Politi, *Aristocrazia*, cit., p. 379, ha osservato che le domande di grazia non ci restituiscono un panorama criminale esaustivo, «per questa prima ragione, d'essere utilizzate preferibilmente, anche se tutt'altro che esclusivamente, dalle classi subalterne». Riprende queste osservazioni G. Liva, *Criminalità e giustizia nel ducato di Milano tra Cinque e Seicento (1570-1630)*, in *Aspetti della società lombarda in età spagnola*, II, Como 1985, p. 8.

[27] Cfr. J. Damhouder, *Praxis rerum criminalium opus absolutissimus*, Antverpiae 1601 (rist. anast. Aalen 1978), cap. 147, n. 2, p. 493.

[28] G.P. Massetto, *Monarchia spagnola, Senato e Governatore: la questione delle grazie nel ducato di Milano (secoli XVI-XVII)*, in G.P. Massetto, *Saggi di storia del diritto penale lombardo (secc. XVI-XVIII)*, Milano 1994, p. 248.

[29] Numerosi casi di paci sottoscritte a base di pressioni illegittime in G. Politi, *Aristocrazia*, cit., p. 377.

facili certezze quando le paci riguardavano gli esponenti dell'aristocrazia. Gli arbitri chiamati a risolvere il conflitto erano infatti scelti nel gruppo sociale da cui provenivano gli attori della causa e in funzione del loro grado di integrazione con la comunità nobiliare. Aveva poca rilevanza la comparsa nelle vesti di mediatori di giuristi, avvocati, oppure ecclesiastici; spesso, l'identità nobiliare che li caratterizzava nei confronti delle parti, era un fattore di comunanza molto più importante delle loro funzioni professionali. La contiguità cetuale spingeva così a considerare i delitti di sangue non come una trasgressione di norme bensì, soprattutto, come sintomo di una rottura momentanea nelle relazioni fra nobili alla cui soluzione tutti, giudici compresi, dovevano partecipare.

La celebrazione delle paci fatta in chiesa indicava che non si temeva né di dare risalto al delitto commesso né tanto meno che un giudice la prendesse a pretesto di un intervento *ex officio* dei giudici[30]. Per ovviare a questi difetti, alcuni giuristi avevano proposto di considerare il testo dell'accordo un'implicita ammissione di colpa, assumendolo quindi come prova a carico; ma con la stessa seriosità di toni, s'incontravano argomentazioni dottrinarie opposte, decise invece a scavare un solco fra la pace e la confessione per ricacciare indietro l'eventuale *inquisitio* costruita sulla base delle transazioni private[31]. Nella pratica poi – e i primi a rendersene conto erano gli stessi

[30] Cfr. M. MARCARELLI, *La «Community Law»*, cit., p. 110.

[31] Uno squarcio del dibattito affiora nel *casus* riportato dal criminalista toscano P. CAVALLI, *Resolutionum criminalium ... centuriae*, Francoforti 1613, *Casus* 74, *Cent.* I, pp. 113-114, che dialoga a distanza con Giulio Claro. «Quaesitum quandoque fuit an si reus negavit maleficium et postea producat pacem a parte obtentam, pax illa possit ei prodesse ad reportandum commodum statuti diminuentis poenam propter pacem?». Le opinioni in proposito sono variegate, riconosce Cavalli. C'è chi sostiene – e pare sia la maggioranza – che la pace non equivalga a rivelare il crimine «quod maxime procedit temporibus hodiernis in quibus instrumenta pacis fiunt expresse ad evitandos litis sumptus et non quia qui pretenditur alterum offendisse commiserit delictum de quo facit pacem, vel qui recepit iniuriam remittit per pactum omnem iniuriam, quam constare posset partem sibi intulisse, vel generalius fit remissio de omni iniuria et offensione, quae dicitur per parte ad invicem se fecisse et intulisse. His enim casibus indubitanter nulla insurgit confessio criminis ... Dicit tamen Clarus *in d. vers. pax seu transactio*, quod apud Mediolanenses si reperitur instrumentum pacis illud plene probat delictum contra eum qui pro eo pacem facit, quod si verum est, notandum est praticantes in illo dominio, cum sit contra dispositionem iuris comunis saltem si sic indistincte intelligatur, ut ex praedictis constat, unde subdit pro cautela quod pax fiat per aliquem tertium nomine omnium quorum interest vel specialiter nomine ipsius rei quia tunc valet et producentii prodest et non nocet, ut ipse subiicit. Sunt etiam qui in hoc adhibeant distinctionem secundum terminos *l. transigere C. de transact.* ut scilicet pax tunc inducat confessionem delicti quando fit in casibus in quibus *per d. legem* prohibita est transactio, secus autem quando fit in casibus in quibus ex eadem lege

giuristi – molti atti di pace trascritti nei protocolli notarili venivano stesi proprio allo scopo di evitare qualsiasi lettura dei giudici.

A Trento, nel 1558, dopo che il nobile Giovanni Costede ha ucciso il mastro vetraio Antonio, le figlie della vittima e il cognato si sono ritrovati di fronte a un notaio per comporre amichevolmente la causa con il fratello della vittima. La scrittura non accenna agli antefatti dell'omicidio e tace sul risarcimento pattuito per la vita di Antonio; i contorni di quell'episodio paiono sbiadire di fronte al desiderio di dimenticare per sempre il passato. Come se davvero in casa del notaio vibrasse un sentimento di autentica amicizia, le parti,

«volentes cristiano more vivere et pacifice, intercessione comunium amicorum predicte d. Margareta et Anna ac ipse Johannes Maria hilari animo et per tactum manus per se attinentes, affines, amicos ac alios de dicto homicidio et morte et de omnibus et singulis iniuriis ac iniuriarum actionibus occasione premissa exortis et commissis ac de omnibus damnis et interesse illius legittime et auctentice fecerunt bonam perpetuam ac inviolabilem pacem ipsi domino Ludovico Custede presenti et dicto nomine ipsius d. Johannis fratris stipulanti et ratificanti; et e quo prefatus Nobilis d. Ludovicus per se et per ipsum d. Johannem, attinentes, affines amicos et alios fecit pacem perpetuam per tactum manus prenominatis d. Margarete et Anne ac Johanni Marie presentibus, stipulantibus et ratificantibus, et sic ad invicem ita ut quod dictus Nobilis d. Johannes omnibus gratiis homicidii et remissione ab Ill. mo et Rev. mo D.D. nostro grac.mo concedendis uti et frui possit et valeat, remittentes sibi ipsis invicem omnes iniurias et inimicitias et earum actiones itaque de eis amplius non fiat mentio sed amoventur, et infuturum sint et esse debeant boni amici promittentes ipsam pacem et reconcilliationem ...»[32].

I Costede, patrizi cittadini e fiscali del principe vescovo, avranno trovato certo un modo sufficientemente discreto per sanare il loro debito con i famigliari del vetraio; ma il silenzio che copre ufficialmente l'esborso di denaro cancella di fatto i nomi dei Costede dai registri giudiziari. A cosa si può appellare un giudice più scrupoloso del dovuto se nemmeno una riga parla dei soldi versati in cambio dell'omicidio[33]? Nonostante il breve

permissa ets concordia, quia tunc non operatur criminis confessionem, cum facta sit iure permittente, ut per Blanc. et Clar. *in locis relatis*. In quo nullam faciendam vim existimo, quia quicquid sit de iure per dispositionem *d.l. transigere* de consuetudine totius Italiae hodie potest fieri transactio super quocunque crimine et licitum est facer pacem de omni delicto cuiuscunque generis et qualitatis sit, ut attestatur Clar. *in pract. crim. q.58 sub num. 16 post vers. secunda regula*, ubi propterea subdit se omittere disputationes super regulis quae colliguntur ex d.l. quia de illis raro aut numquam in practica tractatur».

[32] ASTn, *Notai di Trento, Giovanni Guglielmo Callavini (fu Francesco)*, I/2, cc. 112v-113r, 17 maggio 1558.

[33] Cfr. F.T. Valiente, *El perdon de la parte*, cit., p. 73, ricorda che nella maggior parte dei processi spagnoli esaminati non esiste, proprio per questo motivo, «mención alguna

rimando delle righe finali, anche la briga di far arrivare nelle filze dell'archivio vescovile una successiva supplica di grazia può essere stato un impegno preso con estrema calma dai fratelli Costede. Così, un briciolo di mestiere da avvocato e la compiacenza di un notaio[34] disposto a dichiarare la gratuità dell'accordo allontanava la curiosità delle corti.

A dire la verità non sarebbero mancati nei testi giuridici solidi appigli per arginare gli eccessi delle composizioni. La *transactio*, l'equivalente romanistico della *pax* o del *pactum*, una volta stretta tra le parti esauriva gli strascichi penali del processo, ma lasciava impregiudicati i suoi effetti civilistici. In teoria quindi, stabilire il risarcimento monetario alla parte offesa, l'antico *Wergeld* del diritto germanico, era una decisione solitaria del giudice[35]. Un obbligo, tuttavia, che come si è visto veniva facilmente aggirato grazie al velo di reticenze gettato sopra questa parte del procedimento e che era una delle tante previsioni dottrinarie eluse. Pure i trattati favorevoli all'intromissione *ex officio* confessavano a denti stretti la difficoltà nel raccogliere prove o indizi a tortura appena conclusa la pace; quando quei documenti scritti nella riservatezza di una casa privata giungevano al tribunale, magari a distanza di mesi dalla sentenza, o affioravano in

del precio ni de otro género de compensación o interés que sirva de móvil al otorgamiento del perdón».

[34] La complicità dei notai nell'arrangiare le clausole dell'*instrumentum pacis* era risaputa: J. DAMHOUDER, *Praxis rerum criminalium*, cit., pp. 494-495, nn. 8-9: «Caeterum, quoties duae partes inter sese contendunt de iniuriis, postea tamen fiat, ut de iis iniuriis inter se pacem confirment et concordes fiant, ac reconcilietur altera alteri. Iudex tamen isthaec audiens, colligit et autumat ex tali reconciliatione, crimen aperte esse confessum; ita ut hac confessionis notitia procedere posset ad criminum et iniuriarum punitionem absque ulla alia ampliori ac altiori inquisitione facienda aut informatione. Quocirca callidi quique ut Iudicem hic circumveniant et ne certi quippiam ex composita pace percipere possit, hoc efficiunt ut factum ac delictum constanter coram Iudice pernegent; et in pacis compositione curant ut notarius scribat pacem esse confirmatam inter ipsos tantum de iis laesionibus ac iniuriis, quibus alter alterum impetierat, sive quarum gratia alter de altero dolere et conqueri possit, aut in iustitiam advocare sine ullius crimine nominatione; hac enim generali confessioni nullum certum delictum confessi sunt, sed vaga et incerta est confessio. Verum si notarius scripsisset duas partes in pacis foedere convenisse, de istis aut istis laesionibus (rem ipsam nominando) et quarum gratia altera alteram pertaxit vel pertrahere voluit in iudicium, et quasi omnibus aperuit, tunc iudex certa, confessa, nominataque iniuria et laesio confirmata esset, ut omnibus modis procedere hinc posset, tamquam ex confesso ad criminis punitionem».

[35] Cfr. F. SCHAFFSTEIN, *Wiedergutmachung und Genugtuung im Strafprozess vom 16. bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts*, in H. SCHÖCH (ed), *Wiedergutmachung und Strafrecht. Symposion aus Anlaß des 80. Geburtstages von Friedrich Schaffstein* (Neue Kriminologische Studien, 4), München 1987, in particolare pp. 9-13.

pubblico all'improvviso, in mezzo alla navata di una chiesa, il ritmo del processo rallentava, a volte fino a fermarsi del tutto.

La constatazione, espressa più o meno a malincuore dal senatore milanese Giulio Claro, che in Italia era lecito «facere pacem pro quocunque crimine»[36], fondava su un enigmatico passo del *Codex* giustinianeo[37] la realtà di una procedura penale non del tutto piegata alle regole della grammatica giuridica. La stessa diffusione delle *chartae pacis*, delle remissioni e delle composizioni in denaro, rifletteva l'esistenza di un vocabolario molto più ricco nel delimitare lo spazio del processo. Razionalità e modelli punitivi che potevano escludersi reciprocamente, completarsi, oppure susseguirsi l'uno all'altro, convivevano durante le lunghe giornate destinate alle udienze penali. Tranne per i crimini rubricati come atroci, esclusi dal regime di grazia, o per le trasgressioni politiche, le pratiche compositive si radicavano nell'attività giudiziaria dell'età moderna[38].

Fenomeno di lunga durata quanto pochi altri, la pace aveva guidato la sensibilità dei giudici medievali, ai quali era parso quasi scontato intravedere i pericoli insiti nell'infliggere condanne senza ascoltare il parere della parte offesa. Nella normativa statutaria delle città italiane l'istituto della pace aveva così trovato la massima incidenza nella prima e nella seconda età dei comuni, tra i secoli XII e XIII. Durante il XIV secolo, in coincidenza con la sempre maggiore affermazione del procedimento inquisitorio, la possibilità di trovare un accordo privato fra le parti del processo era stata omessa dai testi statutari per i reati di sangue – i diversi gradi di omicidio, ferite e lesioni personali – e circoscritta ai soli reati punibili con sanzioni pecuniarie. Malgrado le vecchie limitazioni statutarie la pace sopravvisse a qualsiasi divieto. Essa riapparve poco a poco negli uffici criminali a ridosso delle legislazioni in materia di grazia[39]. Il bisogno di fondare una nuova legittimità di ordine politico condusse gli stati di dimensione regionale a

[36] Cfr. G. CLARO, *Practica criminalis*, § Final. Lib. V., Venetiis 1614, q. 58, n. 14, f. 163v.

[37] Cfr. F. SCHAFFSTEIN, *Wiedergutmachung*, cit., p. 10; l'espressione sempre citata che ciascuno potesse «redimere sanguinem suum» rappresentava infatti «mehr eine tautologische Widerholung als eine Begründung für die rätselhafte Codex-Stelle» dalla quale era tolta.

[38] Nella penisola e altrove; per un quadro d'insieme della loro secolare permanenza, X. ROUSSEAUX, *From Case to Crime. Homicide Regulation in Medieval and Modern Europe*, in D. WILLOWEIT (ed), *Die Entstehung des öffentlichen Strafrechts. Bestandaufnahme eines europäischen Forschungsproblems*, Köln - Weimar - Wien 1999, pp. 143-166.

[39] Fondamentale A. PADOA SCHIOPPA, *Delitto e pace privata nel diritto moderno; prime note*, in *Diritto comune e diritti locali nella storia dell'Europa. Atti del Convegno di Varenna*, Milano 1980, pp. 557-578.

recuperare modi di regolamentazione dei conflitti che sembravano accantonati fin dal tardo periodo comunale; la pace privata tornò così a influire in maniera determinante proprio su quei reati per i quali era esclusa dalla legge.

Fin dai primi decenni del XVI secolo le legislazioni di altri paesi avevano provveduto a togliere dai loro ordinamenti l'eventualità di comporre in via privata i casi di omicidio[40]. Non così negli stati della penisola. A Venezia, verso la fine del Cinquecento, la magistratura dei Correttori alle leggi si era preoccupata di eliminare i difetti più evidenti della giustizia penale repubblicana; tra i capitoli presentati in Senato ne figuravano alcuni miranti a limitare la possibilità di commutare le sentenze di bando, relegazione e detenzione attraverso il conseguimento di grazie espresse dal consiglio dei Dieci, ovvero offrendo in cambio la vita di una persona bandita. I Correttori, sotto la guida di Niccolò Contarini, avevano proposto invece che il colpevole scontasse almeno la metà della pena, per i condannati a tempo, e un decennio per i condannati a vita; la liberazione, in ogni caso, doveva avvenire solo dopo la pace con la parte lesa.

Delle dieci parti presentate in Maggior Consiglio non era passata quella concernente questi ultimi punti. «Un patrizio povero aveva fatto notare, col consenso della stragrande maggioranza dell'assemblea, che senza le grazie, senza la possibilità di acquistar taglie per liberarsi dai bandi, i nobili condannati sarebbero stati ridotti alla disperazione: in carcere non potevano andarci, non avendo denari per mantenercisi; e si domandava chi li avrebbe liberati dal bando, o dalla relegazione, una volta che il sistema delle grazie e delle taglie e delle denuncie, fosse stato abolito». Aggiungeva inoltre che ottenere la pace dalle parti lese «dipendeva non da elementi di giustizia, ma dalla bontà o dalla cattiveria di quelle, dal loro disinteresse o dalla loro rapacità»[41]. Almeno in questo frangente, il corpo della nobiltà veneziana aveva mostrato un'insolita riluttanza a dividersi: l'interesse dei patrizi,

[40] B. LENMANN - G. PARKER, *The State, the Community and the Criminal Law in Early Modern Europe*, in V.A.C. GATRELL - B. LENMAN - G. PARKER (edd), *Crime and the Law. The Social History of Crime in Western Europe since 1500*, London 1980, p. 33; P. FRAUENSTÄDT, *Blutrache und Totschlagsühnen im Deutschen Mittelalter. Studien zur deutschen Kultur- und Rechtsgeschichte* (1881), Berlin 1980, p. 141, che ricorda il divieto introdotto dalla *Landesordnung* tirolese del 1526.

[41] G. COZZI, *Religione, moralità e giustizia a Venezia: vicende della magistratura degli Esecutori contro la bestemmia (secoli XVI-XVII)*, in G. COZZI, *La società veneta e il suo diritto. Saggi su questioni matrimoniali, giustizia penale, politica del diritto, sopravvivenza del diritto veneto nell'Ottocento*, Venezia 2000, p. 125.

poveri e ricchi, si cementò nel tenere in vita consuetudini processuali che alcuni di loro ritenevano doversi abolire.

Naturalmente, non è detto che tutti condividessero nello stato veneziano quest'atteggiamento di cautela; una rapida lettura dei suggerimenti diretti ai giudici nelle pratiche criminali del tempo mostra verso le grazie o le paci private opinioni meno benevole. Giudici e notai della corte dovevano prestare attenzione a ciò che i loro testimoni quasi sempre nascondevano mentre li si interrogava. Così Lorenzo Priori metteva sull'avviso i suoi colleghi delle corti pretorie in Terraferma:

«A questo modo in un'istesso tempo s'essaminano li testimonij e sopra la verità del delitto et sopra la diffamatione. Avertendo il nodaro nel prendere dette informationi che scrivi ogni particolare de i detti et depositioni così in favore del fisco come del reo, procedendo et inquirendo cautamente et havendo da loro testimonij prima che scriva la serie del fatto, occorendo molte volte che li rei havuta la pace con gli offesi convengono insieme et fanno produrre testimonij a destruttione del delitto et a delusione della giustitia. Però quando li testimonij per li loro detti si rendessero sospetti, devono esser interrogati diversamente sopra le circostanze, procurando di coglierli in parole, dimandandogli s'il tempo era chiaro o nuvoloso, con che veste era vestito colui del qual deponessero et altre simili interrogationi»[42].

E più o meno lo stesso consiglio esprimeva un altro esperto di cose criminali, l'assessore rodigino Giovanni Bonifacio elencando le «insidie che occorrono ai giudici»:

«Tal'hora, alcuno che haverà ferito od ucciso un altro farà segretamente la pace et poi farà che alcun Procuratore, fingendo d'intervenire per l'offeso, in luogo di convincer il Reo con testimoni, lo giustificherà. Altri, essendo sbanditi di tutto lo Stato, si fanno querelar d'un altro delitto, del quale sono innocenti et proclamati vengono co'l salvacondotto del bando a presentarsi»[43].

Proprio l'uso abbondante di simili strumenti finì infatti per produrre una torsione silenziosa in quei meccanismi. Com'è noto, gli ultimi decenni del Cinquecento italiano furono segnati dal fitto ricorso a provvedimenti legislativi emanati con il fine di snellire, aggravandole, le inquisizioni penali. Si registrò un po' ovunque l'impiego di tecniche sommarie, *manu militari*, che le corti giudiziarie adottarono per reprimere fenomeni di banditismo e di criminalità divenuti troppo aggressivi. Vi fu però, nei medesimi anni, anche il tentativo di correggere la confusione fra modi giurisdizionali e non giurisdizionali di soluzioni dei conflitti. Interrogatori, citazioni, perizie legali, memorie degli avvocati, sembravano imprigionare dentro plichi di

[42] L. PRIORI, *Prattica criminale secondo il ritto delle leggi della Serenissima Repubblica di Venezia*, Venezia 1622, p. 14.

[43] *L'Assessore discorso del Sig. Giovanni Bonifacio*, in Rovigo MDCXXVII, a cura di C. POVOLO, Pordenone 1991, pp. 88-89.

carte episodi e vicende umane immodificabili. Eppure, dietro l'apparente distacco di quelle formule, il processo non si trovava affatto messo a parte dalle azioni degli uomini di cui esso raccontava. Come testimoniavano i casi di paci private, il linguaggio di quelle carte si trovava incastrato in altri linguaggi, altrettanto complessi e variegati, ricchi di vocaboli, regole, inflessioni, che non richiamavano alla mente il gergo parlato dagli uomini di legge. Per prima cosa occorreva dunque ridurre il rumore delle voci ascoltate nei fori criminali.

Nessuno sino alla fine del Cinquecento aveva posto in dubbio che la decisione di iniziare o concludere un accordo spettasse alle famiglie coinvolte nel litigio. Il giudice aveva la facoltà d'incoraggiare i sudditi a pacificarsi ma non li poteva costringere a farlo qualora si ostinassero a negare il perdono[44]. Il che significava riconoscere in fondo il valore 'pubblico' di quei compromessi, solo a prezzo di qualche semplice adattamento alle scansioni dell'iter giudiziario. La porta delle aule di giustizia si apriva e si chiudeva con facilità al sopraggiungere dell'*instrumentum pacis*. A partire dai primi decenni del secolo successivo affermazioni di questo genere cedettero il posto a cautele un po' sibilline – il giudice, secondo Lorenzo Priori, non «può astringere i sudditi a far pace, può bene persuaderli affin che lo faccino et per evitare i scandali sequestrarli nelle loro case o in altro luogo»[45] – o a negazioni aperte, come quelle riferite dal pontremolese Marc'Antonio Savelli, giudice nella Toscana medicea: «Pace deve esser volontaria, e però regolarmente nessuno può essere forzato a far la pace, mentre che non fusse per sedare li scandali e disturbi della quiete pubblica, o

[44] G. CLARO, *Practica criminalis*, cit., q. 58, n. 40, f. 166v, mentre per reati minori, la «provocatio ad rixam», il «simplex insultus», la «delatio armorum prohibitorum», la mancanza della *remissio partis* non aveva mai impedito la concessione della grazia; cfr. G.P. MASSETTO, *Monarchia spagnola*, cit., p. 248.

[45] (inserita descrizione nota in data 2 agosto per em-mail chiara) L. PRIORI, *Prattica*, cit., p. 93. Già meno cauto il suggerimento, di qualche decennio posteriore, dell'avvocato veneziano B. ZETTELE, *Instrutione e prattica criminale*, Venezia 1648, p. 37: «Si deve osservare che «se un reo per compositione fatta con il Giudice o altro havesse havuto minor quella meritava il delitto, comese per homicidio pensato fosse stato condannato in pena pecuniaria o simile, può di nuovo essere reccusato, costando della gravezza del delitto et gravemente restar punito. Et in tal caso di reacusatione può la parte offesa ricorrere al Serenissimo Prencipe con una Supplica nell'Eccellentissimo Collegio, il quale commette l'informatione all'Officio Illustrissimo dell'Avogaria ... Riesce però meglio et è forma più usitata ricorrere all'Officio Illustrissimo dell'Avogaria e per via di appellatione far intrometter la sentenza come troppo mite et in uno delli Eccellentissimi Consegli farla cassare et annullare, rimettendo poi il giuditio al Rettor successore di quello ch'haverà fatta la sentenza che sarà rimasta annullata».

che ci entrassae l'autorità e comandamento del Principe, o che il delinquente fusse già stato condegnamente punito, perché in questi casi possono gli inimici essere astretti a far pace ...»[46]. E poiché il rifiuto di concedere la pace offendeva non solo leggi secolari ma anche «li precetti Evangelici, che uno è *Diligite inimicos vestros* e l'altro *Benefacite his qui oderunt vos*», il costume nella cancelleria degli Otto fiorentini era di ammettere la grazia «non ostante il mancamento della pace»[47]; con la piccola precauzione di esiliare le parti finché le ostilità non fossero decantate, il perdono sopraggiungeva sotto la forma di un rescritto sovrano.

Agli inizi del Seicento, il giudice piemontese Gaspare Antonio Tesauro si è imbattuto in una causa che assomiglia da vicino a queste raccomandazioni. Dopo un omicidio, ignorando il parere della famiglia offesa, il duca sabaudo aveva graziato il colpevole; senza intoppi dalla corte torinese il provvedimento era giunto in Senato per l'interinazione, cosa che il tribunale aveva concesso con la solita clausola «ut reus abstineret a loco homicidii donec fuisset obtenta pax ab haeredibus occisi, erga quos fuerat per sententiam condemnatus homicida pro damnis et interesse in summam aureorum quatuorcentum». Trascorsi circa vent'anni d'esilio l'omicida ha fatto istanza di rientrare in patria procurandosi una carta di pace dagli eredi del defunto; la somma pattuita «pro damnis» è stata versata regolarmente, non però gli interessi maturati in quel lasso di tempo e previsti dalla sentenza. A quel punto la parte avversaria si impunta nel negare il perdono richiedendo di nuovo una pronuncia del Senato. Gaspare Antonio, che siede in quel tribunale dal 1593[48], ha parecchi ricordi personali di grazie concesse «etiam non secura pace»; lui stesso in passato, da giudice referente, aveva proposto che il tribunale supremo del ducato tagliando corto con i rancori delle persone coinvolte[49] si adeguasse all'opinione secondo la

[46] M.A. Savelli, *Pratica universale* (1665), Venezia 1708, p. 241, n. 73.

[47] *Ibidem*, p. 240, n. 26, dove vengono citate alcune cause penali risolte con questo strattagemma dai tribunali supremi toscani.

[48] Cfr. M.T. Guerra Medici, *Principi e giuristi nella prima età moderna. Antonino e Gaspare Antonio Tesauro magistrati del duca di Savoia*, Napoli 1993, pp. 22 ss.

[49] Cfr. G.A. Tesauro, *Questionum forensium libri quatuor*, Genevae 1665, p. 555, l. 4 q XXVI: «Et presertim quando reus propter recusatam pace per multos annos abstinuit a loco delicti et procuravit pacem media persona religiosorum, quam impetrare non potuit, tunc enim solet Senatus Pedemontanus etiam non secura pace gratiatum remittere in patriam, quando constat de recusatione pacis sine legitima causa, et de isto stilo et observantia testatur D. Pater meus Decis. 21 et ego vidi saepius practicatum in illo Senatu et me referente fuerunt admissi multi gratiati, sola monitione facta, ut abstinerent a provocatione et scandalo».

quale un magistrato supremo può «cogere partem ad ineundam pacem». In quest'occasione tuttavia il Senato non aggira le renitenze individuali con un atto d'ufficio. A scorrere la *quaestio* del Tesauro s'intuisce che i senatori non hanno scelto quella strada sbrigativa per una forma di rispetto verso la coscienza degli offesi. Un vecchio decreto sabaudo prescrive di forzare la vittima o i suoi parenti qualora rifiutino «obstinato animo» di concedere la pace, ma fin dalle prime battute del processo nessuno di loro ha ostacolato il desiderio della corte. Al contrario, i memoriali sporti al Senato indicano che l'ostinazione viene adesso dall'altro fronte, dallo strano rifiuto dell'omicida di corrispondere il denaro dovuto per gli interessi. Non sappiamo a quanto ammonti la cifra dovuta; fosse una quota grande o modesta, i giudici sabaudi la considerano comunque un passaggio inevitabile. La grazia era stata concessa, la parte offesa aveva deposto i propri risentimenti, un caso d'omicidio era stato faticosamente derubricato a processo per riparazione di danni materiali; perché ora il colpevole non ottemperava al vecchio obbligo contrattuale stabilito con la corte? Contro la minaccia d'incrinare queste fragili equazioni i membri del tribunale avevano reagito subito, negando che l'omicida potesse ritornare in patria «nisi soluto interesse»[50].

Reato, pace privata, grazia: nella causa piemontese l'ordine dei due ultimi fattori si è chiaramente invertito. Un atto personale di grazia, non un esercizio di mediazione privata, è bastato al duca per giustificare il suo rescritto. La pace lascia tracce di sé nelle allegazioni degli avvocati e nelle suppliche degli imputati, ma il pendolo del suo valore giudiziario ha preso a oscillare in dipendenza dei luoghi in cui essa viene trascritta. A un'estremità della scala essa sembra quasi in disarmo.

Nel ducato sabaudo, nella Repubblica di Venezia, nello Stato pontificio, «il Sovrano può fare queste grazie, ancorché non precedesse la pace, o la remissione della parte offesa, col concedere qualche dilazione ad ottenerla, o veramente col supplire il consenso e con l'ordinare la refezione dell'interesse, secondo che gli parerà»[51]. All'altro capo della scala, dove operano figure di giusdicenti ai quali non è permesso «di derogare alle leggi e di togliere la ragione del terzo» – baroni, signori feudali, magistrati di periferia – l'ar-

[50] *Ibidem*: «Et quamvis superiori Domino ac etiam supremo magistratui id videatur iure particulari concessum, ut partes ad pacem faciendam possint cogere, ut testatur per multos».

[51] G.B. De Luca, *Il Dottor Volgare, ovvero il compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale e municipale, nelle cose più ricevute in pratica; moralizzato in lingua italiana da Gio. Battista De Luca ...*, in Colonia 1740, VI, pp. 192-193.

rivo del perdono è ancora pazientemente atteso prima di liberare gli inquisiti[52]. Qui la composizione privata dei crimini s'incastra dentro il ruolino di marcia dei processi ed essa conserva un po' delle ritualità egualitarie d'origine; ma negli ambienti vicini alle istituzioni centrali, la pace sfugge lentamente di mano a chi entra nelle corti solo dopo invito formale, chiamato a raccontare le sue esperienze non a decidere come si muovano le procedure.

Tra un tipo di composizione che «partecipa più della grazia» e un altro che «partecipa più della giustizia»[53], la differenza comincia a rendersi visibile nel corso del XVII secolo. Vale la pena di osservare come in questi decenni l'insieme delle paci e dei perdoni allarghi la propria relazione d'uso con l'istituto giuridico della grazia. Il legame conta un'infinità di prove oltre a un saldo ancoraggio con il dibattito teologico. In esso «la grazia si configura come libera e sovrabbondante effusione del beneficio divino che strappa gli uomini dai vincoli del peccato e del carcere infernale, richiedendo ad essi solo la sua fiduciosa accettazione»[54]. Ma dal regno della teologia al mondo della politica il viaggio di ritorno è agevole. Gli scritti di Lutero contro le bande degli insorti contadini del 1525 hanno stilizzato bene l'efficacia della mescolanza. Occorre sempre distinguere – ha scritto il monaco agostiniano – la grazia (*Gnade*) dalla compassione (*Barmherzigkeit*); nessun contadino che si ribelli ha diritto ai benefici di quest'ultima, ma se si arrende e confessa i suoi torti, egli puo confidare nel perdono del principe. La grazia non scaturisce da un gesto di compassione ma è un atto di libero arbitrio, che riconduce i rivoltosi alla fede e, di riflesso, alla sottomissione. Trapiantate dai discorsi teologici al campo della vita politica, grazia e

[52] *Ibidem*, p. 193: «Ma all'incontro, quando si tratta de' Baroni e de' Signori, o de' Magistrati subordinati, i quali non abbiano la suddetta facoltà di derogare alle leggi e di togliere la ragione del terzo. Ancorché competesse loro questa podestà di far grazie, e di rimettere i delitti anche senza causa, ciò sempre si deve intendere per le ragioni del Fisco, ma non già per quelle della parte offesa; che però deve precedere la pace, la remissione, almeno come la condizione la quale impedisca l'effetto della grazia, cioè che si faccia la grazia sotto la condizione se fra tanto tempo si otterrà la remissione della Parte offesa, concedendosi intanto qualche salvo condotto. Ma parimenti in ciò non si può dare una regola certa, e generale, applicabile da per tutto, per la diversità delle leggi, o de' stili, con li quali si deve camminare».

[53] *Ibidem*, p. 195, n. 19: «Una la quale partecipa più della grazia, ma non fatta graziosamente, per essere fatta per denaro, overo in riguardo di qualche altro peso che se gl'imponga ... L'altra specie di composizione è quella la quale partecipa più della giustizia, e più facilmente vi cade la podestà de' Baroni, o veramente de' Magistrati, ed Officiali inferiori, secondo però le leggi o stili de' Principati ...».

[54] O. NICCOLI, *Rinuncia, pace*, cit., p. 219.

obbedienza si pongono quindi, senza troppe distorsioni, quasi come sinonimi[55]. Non è difficile cogliere, un secolo dopo, il farsi strada di una stessa corrispondenza in ambito giudiziario.

Sono i testi dei giuristi pratici cinque-seicenteschi a ricordarci il progressivo assorbimento della pace privata entro la procedura di grazia e i suoi caratteri, emersi solo ora, di azione coercitiva. Forse è per il volto autoritario dei suoi promotori che le paci perdono nel Seicento la vivacità informale del secolo trascorso e virano da cerimonia collettiva a gesto privato; i riti celebrati dentro la chiesa o nei pressi del cimitero assieme alle famiglie del villaggio cedono il passo «ad una procedura decisamente meno solenne, il cui solo momento di pubblicità era la normale pubblicazione della sentenza»[56]. Anche lo zelo missionario nel comporre le faide rurali di cui raccontano i rapporti spediti a Roma dai padri gesuiti nell'età della Controriforma propone un impiego cauto e controllato delle procedure compositive; nonostante la coreografia solenne e pubblica delle processioni di pace, lo «spettacolo del perdono universale» non promana ormai dalla comunità[57].

Al suo posto agisce ora la grazia che, come spiegano quelle relazioni «è diversa dall'amore», poiché esclude l'idea che vi sia eguaglianza fra chi la dona e chi la riceve: «Essa in realtà, come una pioggia gentile cade dal paradiso sopra i luoghi della terra»[58]. Può accadere che in una grande città dello Stato pontificio si ritenga di fare «officio christiano» affidando ad una «Congregatione della concordia» composta da gentiluomoni l'incarico di pacificare i sudditi «nelle cause criminali, et altre d'importanza per quiete delle famiglie da distribuirsi per quartieri della città» e in ciascuna parrocchia[59]. O che in una piccola giurisdizione feudale trentina i conti Lodron nominino «due conservatori alla pace e alla concordia», i quali avrebbero dovuto «terminare con amicabili forme tutte le litti che na-

[55] D.W. SABEAN, *Power in the Blood. Popular Culture and Village Discourse in Early Modern Germany*, Cambridge 1988, p. 42, in particolare n. 19.

[56] M. MARCARELLI, *La «Community Law»*, cit., p. 107.

[57] Cfr. O. NICCOLI, *Rinuncia, pace*, cit., pp. 249 e ss. con ricca bibliografia. Di «recul du pardon» come obbligo comune e ideale collettivo scrive J.-M. CARBASSE, *Le fondements chrétiens de l'ancien droit pénale*, in *La faute, la peine et le pardon. Actes du XVe colloque national de la Conféderation des Juristes Catholiques de France*, Paris 2000, p. 64.

[58] Citato da J. BOSSY, *Peace*, cit., p. 10.

[59] Cfr. P. PRODI, *Il cardinale Gabriele Paleotti (1552-1597)*, Roma 1959-1967, II, pp. 189-190.

scono e nascerano fra li suoi fedelissimi sudditi»[60]. Due situazioni molto distanti, come si vede, ma tenute assieme dal bisogno di ingabbiare la pace dentro una cornice giuridica insofferente verso il vociare di esperienze soggettive che ne avevano prima intessuto il rituale. Un intento così scoperto che i sudditi lodroniani, appena saggiati i caratteri non affatto «amicabili» dei conservatori alla pace locali, si proporranno in fretta di liberarsene.

Anche piegata da simili correttivi, la pace privata non scompare dall'orizzonte documentario della società italiana di antico regime. La consuetudine di comporre un delitto attraverso la mediazione privata ha una deriva lunghissima e accaniti sostenitori. Sembrano brillare per cocciutaggine i ceti aristocratici, descritti di solito intenti a fuggire i tribunali pur di non sottoporre le loro contese alle carte di un processo o all'umiliazione di una pace coatta ad opera del giudice. Giuristi come Priori e De Luca[61], poligrafi appassionati di vita cavalleresca come Scipione Maffei[62], forniscono a intervalli regolari prove molto vivaci dell'entusiasmo aristocratico verso la pace. Ora, in tutti questi autori, il rimprovero mosso alle composizioni private nasconde l'accusa che esse nascondano il perdurante amore della faida; non danno in fin dei conti gli uffici di pace dei manuali cavallereschi «l'impulso più forte e l'ultimo determinativo a vendetta?»[63]. In modo neppure troppo velato, pace e uso illegittimo della forza vengono messe

[60] M. Bertoldi, *I proclami dei Lodron per i feudi lagarini (secoli XVI-XVIII). Elaborazione statutaria ed esercizio della giurisdizione* (Passato Presente. Contributi alla storia della Val del Chiese e delle Giudicarie. Quaderno 32), Trento 1998, pp. 131 ss.

[61] Cfr. G.B. De Luca, *Il Dottor Volgare*, cit., pp. 11-12; «Che (all'incontro) ne' tempi moderni, da per tutto, e particolarmente in molte parti della nostra Italia, non solamente ciò viene stimato un mancamento grande, ed una specie d'infamia negli estranei, li quali facessero le parti dell'accusatore, o dell'Istigatore, eccetto quei ministri pubblici, li quali lo facciano per la ragione dell'offizio. Ma tra le persone nobili, ed anche di mediocre civiltà, viene stimato un mancamento nella stessa Parte offesa, vivendosi coll'opinione, che convenga vendicare l'ingiuria da se stesso con l'autorità privata. A tal segno che in alcuni paesi, con maggior diligenza si mettono in fuga, o in salvo quelli li quali siano stati feriti, o ingiuriati, ed offesi, di quel che facciano gli offensori ed i delinquenti, abborrendo che si metta in carta e che se ne faccia processo: O veramente acciò non siano costretti a far la pace, o pure a dar la sicurtà, overo a ricevere il precetto. E per conseguenza quest'uso di procedere in ogni caso per inquisizione, e ad istanza de' ministri fiscali, resta precisamente necessario».

[62] S. Maffei, *Della scienza chiamata cavalleresca libri tre*, Trento 1717, p. 233; sono infatti i lettori dei manuali cavallereschi a pretendere che «l'autorità suprema nelle liti com'essi le chiamano, d'Onore, a niun patto non s'intrometta e che *non possa* il Principe forzare i sudditi a Pace».

[63] *Ibidem*, p. 228.

sullo stesso piano. C'è dunque, fra Sei e Settecento, una sorta di strano ritorno all'indietro nel constatare la lunga durata di modi di soluzione dei conflitti tipicamente infragiudiziari. La sopravvivenza di queste pratiche sociali appare così diffusa e invadente da essere impossibile negarne la realtà. Ma le critiche continue non segnano il ritorno in vita di un fenomeno che da tempo ha perduto il suo mordente di pericolosità. Come accade spesso nel lessico giuridico, queste denunce fin troppo aperte sono il presupposto di una loro condanna. Finché le paci, i compromessi o le vendette erano rimasti nascosti tra le pieghe del rituale giudiziario, essi avevano conservato il carattere di azioni appena tollerate e ciò nonostante accettabili in un'aula di tribunale. La loro espulsione dalle fasi del processo le priva invece di qualsiasi legittimità riducendole a pratiche private – esattamente come insinua De Luca quando parla di vendette commesse «con l'autorità privata» che debbono essere cancellate tramite l'impiego del rito inquisitorio. Non è forse cambiata, specie tra i ceti nobiliari, la propensione a comportarsi secondo un codice rispettoso delle regole dell'onore piuttosto che delle leggi positive; è mutato però il linguaggio[64] impiegato dai giuristi per rappresentare a se stessi e al potere politico un genere fino lì tollerato d'infragiustizia violenta; la qualificazione giuridica di questi atti sociali, per quanto lontana dal tradursi subito in misure repressive, riflette un clima in cui il processo penale accentua poco a poco la sua fisionomia pubblica.

L'osservatorio del principato ecclesiastico di Trento al tramonto dell'età moderna si presta bene a verificare le discussioni dottrinarie che abbiamo seguito fin qui. Gli statuti vigenti nel territorio, tolti di peso da esemplari veneti quattrocenteschi, consentono la riparazione dell'omicidio attraverso la mediazione privata; se l'omicida nel termine di un mese (o di due mesi qualora il morto sia un forestiero) «avrà ottenuta la pace da due delli più prossimi attinenti del defunto almeno, magiori di anni vinticinque, alli quali de jure s'aspetti l'eredità di detto defonto», potrà vedersi commutata la pena capitale in una sanzione pecuniaria[65]. Con un abbrivo insolito per gli altri stati regionali italiani, la pace è un visitatore abbastanza frequente dei registri criminali e della corrispondenza fra istanze giudiziarie; nel foro

[64] Un caso interessante (e precoce) di mutamento linguistico nei reati violenti in S. POHL, *'Ehrlicher Totschlag' - 'Rache' - 'Notwehr'. Zwischen männlichem Ehrencode und dem Primat des Stadtfriedens (Zürich 1376-1600)*, in B. JUSSEN - C. KOSLOFSKY, *Kulturelle Reformation. Sinnformationen im Umbruch 1400-1600* (Veröffentlichuungen des Max-Planck-Instituts für Geschichte, 145), Göttingen 1999, pp. 239-283.

[65] Cfr. *Statuto di Trento con li suoi indici si nel civile come nel sindicale e criminale ...*, Trento 1714, p. 161, rub. 97.

secolare come in quello spirituale si ammettono facilmente remissioni della pena di morte grazie al perdono delle vittime.

L'omicidio del barone Giovanni Battista Bordogna de Taxis si apre nel 1707 con una regolare inquisizione del podestà cittadino. Ferito a morte e visitato al suo capezzale dagli uomini della corte pretoria, Bordogna fa ancora in tempo a rivelare il nome del suo uccisore:

«Questa sera poi al tempo da me deposto andando io a spaso, quando fui arivato dirimpeto alla casa dall'Armi qui su al Cantone dalla parte verso Sant'Pietro mi sbalzarono a dosso il suddetto signor dottor Domenico Trentino e signor Pietro Trentino altro suo fratelo con le armi da fuoco tutti due in mano e ivi detto signor dottor Dominico mi disse 'sei tu qua canaglia' e tutt'in tempo mi spara una schiopetata con detta pistola con la qualle mi ferii nel ventre come sopra ho deposto et il signor Pietro altro fratelo se ne stava ivi dietro di me con le armi alla mano in agiuto di suo fratelo che mi sparò per vedere se mi movevo, ma essendo stato ferito questi scaporono con li altri suoi compagni che ivi se ritrovavano a causa che io gridai 'son ferito' e poi mi portai adiritura qui in questa casa»[66].

Il podestà, ascoltate le conferme degli altri testimoni bandisce l'omicida dall'episcopato, con licenza a chiunque di ucciderlo se varcherà i confini del territorio. Domenico Trentini, figlio di un consigliere del principe vescovo, attende pazientemente che il clamore della vicenda si sgonfi e che il padre tratti con gli eredi del barone il prezzo della sua libertà. Puntuale, due anni più tardi, il padre presenta una supplica di grazia al vescovo Gian Domenico Spaur:

«Doppo un lungo e penoso travaglio d'un addoloratissimo genitore sostenuto per l'infausto accidente accaduto al D. Dominico mio figlio nella persona del q. S. Gio. Battista Bordogna de Tassis, son rimasto alla fin dal Cielo felicitato col conseguimento della Pace ottenuta da Signori Prossimi Congiunti di sangue del defonto come dal quivi appoggiato attestato seguito appare. Quindi con ogni profonda humiliatione ricorro alla Benigna Pietà dell'Alta Ecc. tia Vostra acciò non isdegni di radolcire l'amarezza e dispendii da me per si fatal infortunio provato e con gratioso rescritto comandare la liberatione in forma, come anco che tocante a Pietro Saverio pure altro mio Figlio il quale non ha hauto alcuna parte in tal disgratia ma per mero rispetto alla Giustitia e soddisfatione della parte offesa ha voluto soffrir un sì longo esilio dalla Città non venghi ulteriormente dall'Officio Pretorio molestato, che di tanta Clementissima Munificenza sarò sempre con ambitioso desiderio unito con figli per manifestarmi con pienezza di Riverentissimo ossequio quello che con Gloria mi prottesto di essere, dell'Alta Eccellenza Vostra Reverendissimo, Humilissimo e Fedelissimo Suddito e Servitor, Simon Ignatio Trentini»[67].

L'intimità di Simone Ignazio Trentini con il principe vescovo gli concede di far passare un omicidio a sangue freddo per un ellittico «infausto accidente». Altri supplicanti, non così prossimi alla persona del principe, debbono tenere

[66] Biblioteca Comunale di Trento, ms 1887, cc. 4v-5r.

[67] *Ibidem*, c. 187r.

nelle suppliche un tono meno evasivo e specificare durante il processo la somma versata per ottenere la *charta pacis*[68]. Tutti però sono contretti presto o tardi a uscire dal cono d'ombra che le rubriche statutarie garantivano sulla carta alle composizioni private. Se i volumi delle domande di grazia cinquecentesche ritraggono una folla di supplicanti tolti sempre dai ranghi inferiori della società[69], adesso le loro carte raccontano una presenza sociale più variegata e i volti di nobili, di *cives* e di chierici si mischiano a quelli della povera gente. La discrezionalità degli accordi si è rappresa nel corso del tempo attorno alla facoltà vescovile di concedere o meno un rescritto di grazia.

Nel 1724, una serie di gravami stilati dal capitolo della cattedrale nel 1724 contro il principe vescovo Spaur mette sotto accusa la metamorfosi del perdono nella grazia pubblica. A detta del memoriale «la giustizia vindicativa ha per così dir preso bando da questi Tribunali del Vescovato, sopendosi i processi criminalli quando li rei habbino del suo, a forza di dinaro, con rescritti previamente patteggiati e fatti in Camera = ad ulteriora non procedatur = con grave detrimento delle parti offese e del pubblico bene». Non c'è più alcuna libertà di transigere un crimine violento al riparo della giustizia principesca: rimane solo la strada «d'esser assolti col sborso non del primo ma del secondo sangue», di quel denaro appunto che viene esorto col terrore o con la minaccia di lunghe prigionie obbligando «li poveri sudditi a riguardevoli transattioni per redimere le ingiuste vessationi col sborsso di grosso contante»[70]. La protesta del clero capitolare s'inserisce

[68] Si veda il processo per l'omicidio del contadino Domenico Brugna commesso dal chierico Francesco Voltolini, beneficiato della chiesa di San Pietro, nel gennaio 1750: Archivio Diocesano Tridentino, *Atti criminali*, n. 59. Il vicario *in spiritualibus* decide il versamento di 165 ragnesi alla moglie della vittima, in cambio del quale lei e i fratelli della vittima promettono «una sincera pace, concordia e remissione di tutte l'ingiurie e de quali si siino offese ferita e ferite fatte al d. q. Dominico Brugna e morte cagionata al medemo ed una plenaria liberacione ancora per tutti li danni che hanno patito li figli del defonto ed anche essa vedova e che in avenire patire potesseron e desiderando esse parti ridure il tutto a publico documento ...».

[69] Biblioteca Comunale di Trento, ms 1583: *Libro delle assoluzioni ..., dei salvacondotti, etc.* Le presenze nobiliari sono contenute al ruolo di promotori delle suppliche e di garanti della veridicità del pentimeno.

[70] Archivio Diocesano Tridentino, *Atti capitolari*, 1724, litt. AA. Nello stesso incartamento spedito a Roma, una seconda versione più confidenziale della supplica aggiunge l'illazione che le multe estorte arricchiscano il patrimonio privato del principe Spaur e dei suoi nipoti: «... si obligano i poveri sudditi a redimere l'ingiuste vessazioni collo sborso di grosso contante che non s'applica a beneficio dal Fisco e Mensa vescovile ma si converte in peculio proprio delli detti Sig.ri Conti Nepoti ed altri Parenti che sono i mezzani delle prefate

in un contenzioso di vecchia data con la figura del vescovo e se ciò ha senza dubbio contribuito a calcare le espressioni di protesta, i contenuti dei memoriali sono tuttavia verosimili in almeno due punti: dove affermano la vitalità delle paci ancora in pieno Settecento e dove legano il loro svolgimento alla *routine* quotidiana delle corti giudiziarie.

Nemmeno la risoluzione promulgata nel 1773[71] che sostituisce al capitolo statutario le norme in materia di omicidio della *Constitutio criminalis carolina* riesce di fatto a togliere una consuetudine ormai famigliare all'ordinamento. Al contrario, questa tiepida imitazione del riformismo asburgico provoca la levata di scudi degli ambienti forensi decisi ad avversare il provvedimento. Il problema esiste, non c'è dubbio; i trattamenti di favore, gli accessi privilegiati alla clientela vescovile, le mediazioni estorte, camminano spesso assieme al traffico delle suppliche di giustizia. Eppure le pratiche compositive sono così attaccate alle abitudini di lavoro delle corti giudiziarie da risultare quasi impossibile farne a meno. Gli avvocati trentini non hanno perciò scrupoli nel difendere a denti stretti una forma di giustizia invecchiata, di una mitezza per lo più falsa e risarcita a caro prezzo, della quale però si sentono legittimamente i veri padroni[72].

Nei rogiti dei notai settecenteschi, a Trento o nel borgo murato di Riva del Garda, i colloqui fra privati per transigere casi di omicidio sono ora pressoché assenti. Risse, bastonature, ferite lievi, incontrano sempre un cappellano o un notabile che convince i litiganti a deporre «ogni rancore e mal animo» in vista di «una vera, sincera e perpetua pace»[73]; poi l'atto metterà in chiaro le spese toccanti all'offensore e talvolta eleggerà due arbitri incaricati di dirimere civilmente la causa. Ma la compiacenza dei notai non va oltre l'ospitalità offerta ai piccoli crimini; per cause più sostanziose, la

convenzioni ed ottengono li rescritti di grazia che destrugono la giustizia pubblica vindicativa massime dopo che simili delitti più gravi si sono resi molto frequenti e familiari, o particolarmente di essi Signori Conti Nipoti che usano le preaccenate minacie per indure i suposti rei mediate o imediate alle pecuniarie transazioni».

[71] Sulla vicenda, M. Di Simone, *Legislazione e riforme nel Trentino del Settecento. Francesco Vigilio Barbacovi tra assolutismo e illuminismo*, Bologna 1992, pp. 191-197.

[72] Cfr. l'allegazione a stampa dell'avvocato Alessandro Giovanelli affinché il vescovo ratifichi l'atto di pace del suo cliente, *Pro domino Petro Tornerio de Condino defensio in Juditio appellatorio secundae instantiae*, Sub I., s.l. Iunii 1749. Ho consultato una copia della stampa nella Biblioteca Civica di Rovereto.

[73] Archivio di Stato di Trento, *Notai di Trento*, Bernardelli Francesco Antonio, senior, b. 15, 18 ottobre 1718; b. 16, 3 giugno 1720; *Notai di Riva del Garda*, b. 1760-1762, c. 66r-67r, 12 agosto, 1762; b. 1763-1764, c. 26, 13 novembre 1763.

compagnia degli avvocati e la vista dei giudici chiudono nel recinto del sapere professionale una pratica che conserva solo un pallido ricordo delle sue origini private.

III
Tribunali e pratiche sociali in età moderna / Gerichte und soziale Praktiken in der Frühen Neuzeit

Histoire de la criminalité en tant que micro-histoire ou: une possibilité d'analyser un village au début des temps modernes

par *Michael Frank*

La dispute au sujet de contenus, méthodes et théories se faisant concurrence est un élément essentiel de culture scientifique nationale et internationale. La controverse accentue les points forts et les faiblesses des positions respectives, remet en question des résultats et conduit la recherche vers des domaines enrichissants. Particulièrement en ce qui concerne les sciences historiques en Allemagne, ces conflits se transforment parfois en de véritables guerres de religion. C'est ainsi, dans les années 1980, qu'il y a eu particulièrement à propos de la question des études micro- et macrohistoriques en Allemagne des conflits acharnés[1]. D'un côté se trouvaient les représentants de l'histoire sociale venus de Bielefeld avec leur orientation vers des structures générales, des processus surindividuels et des méthodes d'analyses systématiques; de l'autre côté, les partisans d'une nouvelle histoire de la civilisation et du quotidien, avec la focalisation sur des personnnes concrètes, des expériences individuelles et des observations éthnologiques. Les réflexions de l'histoire du quotidien, exposées de façon véhémente et qui ont eu un impact marqué sur le public, étaient dirigées contre l'oubli évident de l'être humain en tant que tel, de ses expériences, de son cadre

[1] Sur le débat en Allemagne voir J. KOCKA, *Zurück zur Erzählung? Plädoyer für eine historische Argumentation*, in «Geschichte und Gesellschaft», 10, 1984, pp. 395-408; H. MEDICK, *«Missionare im Ruderboot»? Ethnologische Erkenntnisweisen als Herausforderung an die Sozialgeschichte*, in «Geschichte und Gesellschaft», 10, 1984, pp. 295-319; D. PEUKERT, *Neuere Alltagsgeschichte und Historische Anthropologie*, in H. SÜSSMUTH (ed), *Historische Anthropologie. Der Mensch in der Geschichte*, Göttingen 1984, pp. 57-72; K. TENFELDE, *Schwierigkeiten mit dem Alltag*, in «Geschichte und Gesellschaft», 10, 1984, pp. 376-394; F. J. BRÜGGEMEIER - J. KOCKA (edd), *Geschichte von unten - Geschichte von innen. Kontroversen um die Alltagsgeschichte*, Hagen 1985; H.-U. WEHLER, *Alltagsgeschichte. Königsweg zu neuen Ufern oder Irrgarten der Illusion?*, in H.-U. WEHLER, *Aus der Geschichte lernen?*, München 1987, pp. 130-151; A. LÜDTKE, *Was ist und wer treibt Alltagsgeschichte?*, in A. LÜDTKE (ed), *Alltagsgeschichte. Zur Rekonstruktion historischer Erfahrungen und Lebensweisen*, Frankfurt a.M. - New York 1989, pp 9-47.

de vie, de son ancrage dans les actions quotidiennes. En fait, ces positions n'étaient pourtant pas si loin l'une de l'autre comme on le proclamait haut et fort. L'analyse microhistorique ne se refuse à l'emploi explicite de théories, pas plus que l'histoire sociale ne se perd dans des approches abstraites et théorétiques au sujet de la modernisation. Aujourd'hui les combats sont finis, les soi-disant fossés sont dans l'ensemble rebouchés[2].

C'est pourquoi le temps est peut-être venu au delà de toute position idéologique d'affronter la question de savoir ce que le point de départ microhistorique peut apporter en particulier à l'histoire de la criminalité. «Microhistoire» ne signifie tout d'abord rien d'autre qu'une approche méthodique et spécifique. Partant d'unités locales dont on garde une vue d'ensemble, on observe des changements dans leurs moindres détails sans analyser la société complète ou de plus grandes parties. Ceci se réalise naturellement en fixant d'autres objectifs. Il existe des études et des travaux dirigés sur des problèmes traditionnels de l'histoire politique et constitutionnelle tout comme des études dans le domaine de l'histoire du quotidien et des mentalités, de l'anthropologie historique, bien que ces dernières dominent[3].

En partant d'un cas concret, les possibilités et les avantages doivent être présentés, mais aussi les problèmes et les limites qui s'exposent à l'histoire de la criminalité lors de l'analyse microhistorique d'un village. Les expériences qui ont pu être rassemblées dans le cadre d'un projet de recherches sur le

[2] Voir H.-U. WEHLER, *Von der Herrschaft zum Habitus. Die Geschichtswissenschaft richtete gestern ihr Augenmerk auf die Gesellschaft. Heute gilt es der Kultur. Wird die künftige Interpretation der Vergangenheit eher einer erneuerten Sozialwissenschaft oder einer Kulturhistorie in Aufbruchstimmung gelingen?*, in «Die Zeit», 25.1.1996, p. 46; Th. MERGEL - Th. WELSKOPP (edd), *Geschichte zwischen Kultur und Gesellschaft. Beiträge zur Theoriedebatte*, München 1997; L. SCHORN-SCHÜTTE, *Ideen-, Geistes-, Kulturgeschichte*, in H.-J. GOERTZ (ed), *Geschichte. Ein Grundkurs*, Reinbek bei Hamburg 1998, pp. 489-515.

[3] Pour le concept de micro-histoire voir E. GRENDI, *Micro-analisi e storia sociale*, in «Quaderni Storici», 35, 1977, pp. 506-520; C. GINZBURG - C. PONI, *La micro-histoire*, in «Le Debat», 17, 1981, pp. 133-136; W. SCHULZE, *Mikrohistorie versus Makrohistorie? Anmerkungen zu einem aktuellen Thema*, in CHR. MEIER - J. RÜSEN (edd), *Historische Methode*, München 1988, pp. 319-341; G. LEVI, *On Micro History*, in P. BURKE (ed), *New Perspectives on Historical Writing*, Cambridge 1991, pp. 93-113; C. GINZBURG, *Mikro-Historie. Zwei oder drei Dinge, die ich von ihr weiß*, in «Historische Anthropologie», 1, 1993, pp. 169-192; H. MEDICK, *Mikro-Historie*, in W. SCHULZE (ed), *Sozialgeschichte, Alltagsgeschichte, Mikro-Historie*, Göttingen 1994, pp. 40-53; O. ULBRICHT, *Mikrogeschichte: Versuch einer Vorstellung*, in «Geschichte in Wissenschaft und Unterricht», 45, 1994, pp. 347-367; J. SCHLUMBOHM (ed), *Mikrogeschichte - Makrogeschichte. Komplementär oder inkommensurabel?*, Göttingen 1999.

thème «société villageoise et criminalité au 17e et 18e siècle» en forment la base[4]. Dans un premier temps, les problèmes centraux, les sources principales et les méthodes seront présentés. A la suite de cela, les conditions générales spécifiques de l'unité locale qui sera analysée vont être peintes, puis des résultats divers de l'analyse vont être présentés accompagnés de quelques réflexions théoriques. Un court bilan forme la fin.

1. *Questions, sources et méthodes*

Quelles formes de criminalité existe-t-il dans un village du 17e et 18e siècle? Qui sont les auteurs, qui sont les victimes? Peut-on conclure à partir de l'appartenance sociale des personnes agissantes à des situations conflictuelles spécifiques au sein du village? Telles sont quelques questions du projet de recherches évoqué. Pour y répondre, il est indispensable de situer les différentes personnes, qui apparaissent dans les dossiers judiciaires, dans la structure sociale du village. Pour cela, le plus d'informations possible pour chaque individu doivent être rassemblées et reliées entre elles. Le premier obstacle qui se pose à l'historienne ou à l'historien réside dans la question fondamentale: quel village dans la région étudiée dispose de la plus large et au niveau qualité de la meilleure transmission des sources? Dans le cas présent, le choix se posa sur le village de Heiden se trouvant dans le petit comté de Lippe en Allemagne du Nord. La localité même, 519 habitants en 1776, est un village ayant une taille de population dont on garde sans problèmes une bonne vue d'ensemble; c'était le siège d'une unité administrative basse, d'un bailliage, tout comme le centre d'une paroisse et elle disposait ainsi dans un domaine étroit et local de fonctions centrales[5]. Important aussi en ce qui concerne précisément le choix de ce village, est le fait que les procès-verbaux du *Gogericht* étaient disponibles depuis 1680 et pour la plupart restés fermés[6]. Il est important de souligner que le *Gogericht* représente dans le système judiciaire de la région de Lippe le niveau de la juridiction basse et était ainsi compétent pour la condamnation des conflits et des petits délits qui provenaient de l'entente et de la confrontation quotidiennes des villageois[7].

[4] Voir M. FRANK, *Dörfliche Gesellschaft und Kriminalität. Das Fallbeispiel Lippe 1650-1800*, Paderborn 1995.

[5] Sur ce point voir H. HÜLS, *Heiden in Lippe. Zur Genese und Struktur eines dörflichen Lebensraumes*, Münster 1974.

[6] Staatsarchiv Detmold (dorénavant StAD), L 89 A I, Nr. 107-122.

[7] Voir à ce sujet M. FRANK, *Dörfliche Gesellschaft*, pp. 172-176.

Les dossiers judiciaires du *Gogericht* donnent les informations fondamentales suivantes: tout d'abord, le nom du plaignant comme celui de l'accusé sont mentionnés («Le prévôt porte plainte contre Jost Schnieder»); suit une description plus ou moins précise du délit («qu'il l'a traité d'escroc et de chien»). Dans la marge du dossier, il y a une remarque écrite par la propre main du juge sur le verdict («deux florins d'or et une réparation d'honneur, par laquelle il déclare qu'il ne peut rien dire d'autre que du bien sur le prévôt»)[8]. En plus de ces informations fondamentales peuvent s'ensuivre des dossiers supplémentaires sur les personnes concernées au sujet de leur position sociale, des relations familiales, de l'âge et de leur cadre de vie personnel. Tout particulièrement les indications sur le délit même sont plus ou moins denses. Dans un dossier, on peut trouver tout simplement le brève notice «battu de façon sanguinaire» ou alors des indications détaillées sur le moment et l'endroit du délit, ses circonstances et son déroulement, forme et gravité des blessures tout comme les éventuels instruments utilisés lors du délit. Pour la période de 1680 à 1795, toutes les informations ont été, conformément aux sources, enregistrées dans une banque de données[9]. C'est ce qui formait le point de départ pour le travail empirique ultérieur.

Il est évident que les informations des dossiers judiciaires du *Gogericht* souvent ne suffisent pas à localiser socialement comme on le voudrait les personnes impliquées dans les conflits. D'autres indications supplémentaires provenant d'autres sources doivent être alors utilisées et reliées entre elles. Pour ce fait, on a constitué un fichier de personnes qui tente pour toute la période étudiée de recenser le plus grand nombre possible de villageois à partir des cadastres, des recensements, des registres paroissiaux et d'autres sources. En comparant, on peut alors identifier les personnes trouvées dans les dossiers judiciaires du *Gogericht* et classer entre elles les données prosopographiques ainsi réunies. Petit à petit naissent alors dans certains cas des biographies complètes[10].

2. *Conditions générales: le village de Heiden*

L'étude de la criminalité villageoise ne peut pas être entreprise détachée des conditions générales qui caractérisent la réalité locale. Il n'est possible

[8] Pour ce cas voir StAD, L 89 A I, Nr.114, fol. 15 v.

[9] Pour le banque de données voir M. THALLER, *Κλειω. Ein fachspezifisches Datenbanksystem für die Historischen Wissenschaften*, Göttingen 1988.

[10] Voir M. FRANK, *Dörfliche Gesellschaft*, pp. 221-226.

d'interpréter comme il se doit les faits saisis dans les dossiers judiciaires que s'ils sont implantés dans les structures caractéristiques et développement locaux. Quelles conditions générales sociales, économiques et politiques caractérisent alors notre village pendant la période étudiée? Le processus le plus important était la transformation de la société qui s'accomplit à la suite de la croissance de la population. On peut distinguer deux phases: tout d'abord, la part de la couche 'sous-paysanne' pauvre, ayant peu de terres (les *Straßenkötter*), augmenta dans la deuxième moitié du 17e siècle. Cette couche disposait certes encore d'un propre logement, mais seulement d'une toute petite surface cultivable tout à fait insuffisante pour nourrir une famille. Au 18e siècle, la part de ceux sans terre, seulement locataires chez un paysan et se nourrissant de leurs revenus de journalier et de tisserand se développa nettement. Face à une mince couche de paysans aisés et vivant uniquement de leurs revenus agricoles se trouvait désormais une part toujours croissante d'habitants sans terres[11]. Aussi dans le développement de ses structures économiques, Heiden donne l'image d'une commune en cours de profonde transformation. L'agriculture représente, il est vrai, même à la fin du 18e siècle, encore le pilier de l'économie villageoise, mais elle se trouvait face à un accroissement de plus en plus important du secteur artisanal, constitué principalement par la production de lin et par les travailleurs saisonniers[12]. Dans le domaine politique et administratif se profilent seulement des structures peu développées d'administration de village, ce qui ne permet pas de parler d'un monopole autoritaire du pouvoir sur place. Les véritables détenteurs du pouvoir dans le village étaient en fait les gros paysans: ce sont eux qui tiraient les ficelles à l'arrière-plan quand il s'agissait de défendre leurs intérêts. Leur puissance politique locale reposait en premier lieu sur l'âge des fermes et sur la grandeur des terres[13].

3. *Résultats*

Quels résultats nous livre alors dans les grandes lignes le premier dépouillement quantitatif des dossiers de la juridiction basse? Le résultat surprend.

[11] *Ibidem*, pp. 127-154.

[12] Pour les travailleurs saisonniers de Lippe voir F. FLEEGE-ALTHOFF, *Die lippischen Wanderarbeiter*, Detmold 1928; P. LOURENS - J. LUCASSEN, *Lipsker op de Groninger Tichelwerken. Een geschiedenis van de Groningse steeninduistrie met bijzondere nadruk op de Lipper trekarbeiders 1700-1900*, Groningen 1987.

[13] Voir M. FRANK, *«Weil Ordnung die Seele aller Dinge ist». Dörfliche Gesellschaft und Kriminalität in Lippe 1650-1800*, in St. BRAKENSIEK et al. (edd), *Kultur und Staat in der Provinz. Perspektiven und Erträge der Regionalgeschichte*, Bielefeld 1992, pp. 351-380, ici pp. 358 s.

Dans le contexte de la situation sociale s'aggravant au village, on aurait pu partir du principe que surtout des délits qui reflètent les domaines conflictuels centraux dans la vie commune quotidienne domineraient. Mais ni des délits de violence ou atteinte à la propriété, ni manquement d'honneur représentent la masse des plaintes. Le plus souvent, on porte plainte contre des personnes parce qu'elle ne satisfont pas ou seulement imparfaitement à leurs obligations de service. Elles ne se présentent pas pour exécuter des travaux d'amélioration de la voirie, elles refusent le transport de pierres, de blé ou de foin, ou alors elles se soustraient à l'aide due lors de la chasse seigneuriale. Seulement la catégorie placée à la deuxième position dans l'échelle des délits renvoie aux tensions au sein de la communauté villageoise: «différends dans le domaine du travail agricole rural». Il s'agit ici en premier lieu de conflits qui naissent dans le contexte du travail quotidien dans l'agriculture: dans les dossiers se trouvent des délits de droit de pâture, exécution négligée d'activités qui ont été commandées, refus de droit de passage, délits contre le règlement concernant valets de ferme, repousser les limites en labourant, mais aussi des conflits entre les anciens fermiers et les repreneurs de la ferme. La défense de ses propres droits était l'élément principal des différends et ainsi n'est-on pas étonné de constater que, dans la plupart des cas, les conflits sont déclenchés par des violations de frontière. Des vaches, des chevaux ou des chèvres paissent sans autorisation sur les communaux, cassent les clôtures et les haies des champs et ravagent les jardins et champs de blé avoisinants.

Peut-être que, – telle est la supposition –, apparaissent dans le temps des changements dans la structure du délit qui renvoient à une augmentation des tensions à l'intérieur du village. Pourtant là aussi, le résultat se montre négatif: délits de violence, atteinte à la propriété et manquement d'honneur n'augmentent pas à partir de la deuxième moitié du 18e siècle, mais diminuent même en pourcentage. Ce ne sont pas les différends causés par des frictions entre les villageois eux-mêmes mais les conflits entre les sujets et les autorités qui sont les domaines où on peut noter une hausse. Les véritables différends se produisent quand les autorités veulent faire aboutir leurs idées de l'ordre et quand la population s'y refuse. Des indices concernant l'érosion du système de l'ordre dans le village ne sont pourtant pas directement déduisibles des faits relatés[14].

Voilà pour l'instant le résultat du premier dépouillement des données anonymes. Il va être maintenant montré qu'une analyse plus précise des différents délits, orientée prosopographiquement peut mener à une autre

[14] *Ibidem*, pp. 369 s.

façon de voir les choses. Tout d'abord, intéressons-nous au vol de bois: lors de l'analyse des structures internes de l'atteinte à la propriété on constate que, dans cette catégorie de délits, le vol de bois domine nettement. Les butins préférés des villageois ne sont ni de la nourriture ni des objets d'usage courant mais du bois. Comme chacun sait, le vol de bois a une place «privilégiée» dans le domaine des recherches historiques. Tout comme le vol de gibier, la contrebande et l'émeute violente, ce délit est compris à la différence de la délinquance habituelle comme de la criminalité sociale à travers laquelle s'exprime la protestation du coupable envers le système existant. La réaction de cette personne s'est certes trouvée en contradiction avec les normes des autorités, mais elle a été soutenue par le système de l'ordre local[15]. Mais qui étaient les auteurs, qui étaient les victimes? L'analyse des constellations auteur-victime renvoie nettement aux lignes conflictuelles à l'intérieur de la société villageoise. Les auteurs étaient principalement des membres des groupes de population pauvres en terre voire complètement sans biens comme les *Straßenkötter* ou les locataires, les victimes peuvent presque sans exception être classées dans le groupe des paysans les plus aisés qui disposaient de propres réserves de bois. La solidarité dans le village s'arrêtait à la propriété de biens personnels. En cas de conflits, les possesseurs faisaient appel de façon croissante aux tribunaux pour protéger ainsi leur bois, qui leur était si précieux, de l'intérêt qu'y portaient les pauvres du village.

Exemple du glanage des épis: dès que le champ était récolté, les pauvres du village avaient le droit de ramasser les épis restés par terre. Dans cette tradition, il s'agit d'un facteur important dans l'économie des pauvres[16].

[15] Pour le concept de la criminalité sociale par exemple J.G. RULE, *Social Crime in the Rural South in the Eighteenth and Early Nineteenth Centuries*, in «Southern History», 1, 1979, pp. 135-153; D. HAY, *Crime and Justice in Eighteenth and Nineteenth Century England*, in «Crime and Justice», 2, 1980, pp. 45-84, ici pp. 51, 72; J. A. SHARPE, *Crime and Conflict. The ninth University of East Anglia Seminar in Modern German Social History 12-13 July 1985*, in «German History», 5, 1987, pp. 38-44, ici p. 42; pour le vol de bois voir J. MOOSER, *«Furcht bewahrt das Holz». Holzdiebstahl und sozialer Konflikt in der ländlichen Gesellschaft 1800-1850 an westfälischen Beispielen*, in H. REIF (ed), *Räuber, Volk und Obrigkeit. Studien zur Geschichte der Kriminalität in Deutschland seit dem 18. Jahrhundert*, Frankfurt a. M. 1984, pp. 43-99.

[16] Sur ce point, voir, entre autres, D.H. MORGAN, *The Place of Harvesters in Nineteenth-Century Village Life*, in P. RAPHAEL (ed), *Village Life and Labour*, London 1975, pp. 53-61; J. A. SHARPE, *Enforcing the Law in the Seventeenth Century English Village*, in V.A.C. GATRELL et al. (edd), *Crime and the Law. The Social History of Crime in Western Europe since 1500*, London 1980, pp. 97-119; C. EMSLEY, *Crime and Society in England 1750-1900*, London 1987, pp. 104-106.

Bob Bushaway montre par exemple pour l'Angleterre que tout de même 4,1% du revenu total d'une famille pouvaient être financés à la fin du 18e siècle grâce au glanage des épis[17]. La criminalisation de cette tradition, à partir de 1750, a dû les toucher de façon particulièrement dure[18]. Ce qui était avant respecté par les paysans encore comme un droit d'usage transmis de génération en génération recevait à leurs yeux désormais une tache de délinquance. La ligne conflictuelle entre ceux qui disposaient de terres et les pauvres démunis se brise à ce moment-là pendant le procès croissant de la transformation sociale. On reconnaît là aussi une érosion naissante dans la façon de voir le droit au niveau local. Les possesseurs de terres se tournaient vers la position des autorités tandis que les pauvres du village s'accrochaient à l'ancien droit.

Exemple de la demande de mise en accusation pour des atteintes à la propriété: ici se dessine au long du 18e siècle une transformation remarquable. Tandis que les mises en accusation par décision administrative ne représentent jusqu'à la fin des années 1740 qu'une partie relativement minime, elles augmentent de façon nette lors de la deuxième moitié du siècle. Ce résultat laisse supposer que l'état est de plus en plus intéressé à la protection de la norme de la propriété, ou bien que les sujets sont plutôt prêts à déléguer la poursuite du délit aux autorités. Leurs intérêts concernant la sécurité de leurs biens semblent être ainsi à leurs yeux défendus de façon plus efficace. La propriété privée représente en quelque sorte la valeur de base de la société. Sur ce point se retrouvent aussi bien les idées sur l'ordre des sujets comme celles du gouvernement. Cela se constate entre autres dans le fait que le mot «voleur» est considéré comme une des pires injures et est poursuivie en justice. Ainsi, en 1784, le pasteur Konrad von Cölln fait la remarque suivante dans sa description du caractère du peuple de la région de la Lippe: «En ce qui concerne les moeurs de leur prochain, ils sont très tolérants; mais par contre ils n'aiment pas plaisanter que ce soit avec le vol, la tromperie, des faux serments et aussi l'adultère. Celui qui vole ou qui commet un adultère s'attire sur lui et sa famille une tache indélébile»[19].

[17] B. BUSHAWAY, *By Rite. Custom, Ceremony and Community in England 1700-1880*, London 1982, p. 143.

[18] Pour la criminalisation de glanage en Lippe voir *Landesverordnungen der Grafschaft Lippe*, 2, Lemgo 1781, p. 26.

[19] K. VON CÖLLN. *Beytrag zur Charakteristik des Lippeschen, Ritbergischen und Paderbornischen Bauern (1784)*, cité par V. WEHRMANN, *Der lippische Landmann am Ende des 18. Jahrhunderts*, in «Lippische Mitteilungen aus Geschichte und Landeskunde», 47, 1978, pp. 111-150, ici p. 133.

Selon les gens de la région de la Lippe, tous ceux qui «ont volé, avancé les limites de leurs terres en labourant ou promis des choses qu'ils n'ont pas tenues» devraient «planer entre ciel et terre et errer comme des fantômes»[20]. Mais ici-bas, on se fie de plus en plus au bras terrestre pour imposer la norme.

Considérons de façon un peu plus précise le profil de l'auteur pour les atteintes à la propriété. Ce sont des *Straßenkötter* en premier lieu qui sont mis en accusation à cause de la rupture de la norme de la propriété. Le groupe des *Straßenkötter*, qui est à classer parmi la couche inférieure du village disposait de petits logements, mais pas de terre arable et était ainsi dépendant d'un revenu annexe. En connaissant le développement démographique et social, on se serait plutôt attendu à ce que les habitants n'ayant vraiment aucunes terres, ceux qu'on appelle les locataires soient ceux qui apparaissent le plus souvent comme accusés: leur situation économique tout comme leur rapide augmentation lors de la période analysée aurait dû susciter un contrôle social aigu et ainsi une probabilité plus grande des plaintes. Pourquoi les *Straßenkötter* dominent-ils alors? Un rapport municipal de 1797 nous donne une interprétation intéressante de ce phénomène. On constate en effet que les villageois bien implantés préféraient prendre comme main d'oeuvre plutôt les locataires que les *Straßenkötter* nouvellement installés. Les locataires devaient en effet quitter leur logis lors d'éventuels différends, ils étaient sous le contrôle des loueurs – à l'inverse, on ne possédait aucun moyen de pression adéquat vis à vis des *Straßenkötter*. Ils voulaient «presque bientôt jouer le seigneur», et à cause du manque de possibilités de contrôle, les vols de bois et de blé étaient commis principalement par eux[21]. Voilà une explication plausible des résultats: le véritable groupe à problèmes dans le village était donc celui des *Straßenkötter*, pauvres en terres, les représentants de la dernière catégorie paysanne arrivée. Tandis qu'au 18e siècle les locataires peuvent être encore intégrés à l'aide de formes traditionnelles de contrôle social dans le système d'ordre local, cela semble ne pas être possible, dans la même mesure, pour les *Straßenkötter*. Le véritable danger pour la paix dans le village n'était pas tellement alors les habitants complètement sans terres mais plutôt ceux disposant d'un propre logement.

Exemple différend maître – valets de ferme: Dans ce cas, on constate pendant la deuxième moitié du 18e siècle une nette augmentation des

[20] *Ibidem*, p. 133.

[21] Voir le rapport municipal de 7.12.1797; StAD, L 92 A Tit. 61, Nr. 31, fol. 45r.

plaintes concernant le refus de la prise de service ou le départ prématuré de la place du travail. Plus des deux tiers de tous les cas ont eu lieu pendant cette période. Il est intéressant de constater que parallèlement les efforts de la part des autorités pour régler ces cas se sont intensifiés[22]. Grâce à un grand nombre d'édits, le marché du travail a été réglementé à l'avantage des maîtres et on a cherché à assurer la plus grande offre possible de main d'oeuvre à bon marché. Le résultat peut être interprété de telle façon: les chefs de famille s'efforcent de plus en plus à discipliner les valets de fermes indociles à l'aide des institutions publiques. Et sur ce point l'état s'engage à défendre les intérêts des gros paysans. Ce qui était auparavant encore automatiquement réglé, à quelques détails près, dans le cadre du règlement de la «ganzes Haus», ne peut se faire désormais sans l'aide de l'état[23]. Pourtant, la valeur des données des personnes serait complètement négligée si on réduisait l'exploitation seulement au classement des différentes personnes dans la structure sociale. Certains aspects deviennent plus concrets, plus parlants et plus 'palpables' si on les relie à des personnes et des destins concrets. Dans quelques cas, on réussit même à reconstruire toute une carrière modèle de comportement déviant. A cet endroit, nous nous devons répondre à la question comment on arrive à porter plainte devant un tribunal et quels en sont les facteurs qui en dépendent. A l'aide des données de personnes, on trouve par exemple quelques uns qui avaient de toute évidence dépassé la frontière de la tolérance du village. Voilà l'exemple de Simon Carl Acke, cordonnier et locataire à Heiden. Il se retrouve pour la première fois en 1755 en tant qu'accusé à la barre du *Gogericht*. Il avait attaqué le *Straßenkötter* Johann Simon Gröne dans l'auberge de Heiden et l'avait battu à sang. Pourtant, ce n'était pas la seule plainte dans l'année: Acke a été accusé dans deux autres plaintes, d'avoir frappé de façon sanguinaire le meunier de Lage à la tête tout comme d'avoir roué de coups le meunier de Heiden dans la «Vieille Auberge»[24]. Pendant la période entre 1755 et 1762, il aura au tribunal onze fois le rôle de l'accusé. Son penchant prononcé pour la violence apparaît de façon très claire dans les délits dont on l'accuse. Il doit se justifier huit fois uniquement de délits

[22] Voir l'édits de 1752 (*Landesverordnungen der Grafschaft Lippe*, 2, Lemgo 1781, pp. 47-53) et de 1795 (*Landesverordnungen der Grafschaft Lippe*, 4, Lemgo 1801, pp. 138-154).

[23] Pour le concept voir O. BRUNNER, *Das «ganze Haus» und die alteuropäische «Ökonomik»*, in O. BRUNNER, *Neue Wege der Verfassungs- und Sozialgeschichte*, Göttingen 1968[2], pp. 103-127; critique par W. TROSSBACH, *Das «ganze Haus» – Basiskategorie für das Verständnis der ländlichen Gesellschaft deutscher Territorien in der Frühen Neuzeit?*, in «Blätter für deutsche Landesgeschichte», 129, 1993, pp. 277-314.

[24] Pour ce cas voir StAD, L 89 A I, Nr. 120, pp. 252, 254.

de violence: il déclenche des bagarres, il tabasse brutalement ses victimes sans défense, leur casse dans certains cas même les côtes[25] et ne recule même pas à maltraiter une femme enceinte[26]. A ce registre s'ajoute un cas d'escroquerie, d'injures et d'infraction contre l'ordre public. En 1761, il y a une plainte contre tentative de viol de la femme du juif Schwartz, dans un état de grossesse avancée. Des paroles prononcées par Acke nous donne un certain aperçu de son caractère: selon lui, «il n'existait pas dans tout Heiden une femme avec qui il n'aurait pas couché. A part une femme brune qu'il aurait encore épargnée»[27].

En 1764, il calomnie la fille du grand fermier Uckermann de «personne débauchée» qui se serait déjà commise avec beaucoup de jeunes hommes[28]. Acke semble avoir dépassé les limites de la tolérance des villageois. La crainte de son caractère imprévisible et violent les incite alors à ne pas supporter plus longtemps les infractions contre la norme mais à le mener devant le tribunal des autorités. Il semble que Acke entre dans un procès qui le pousse toujours plus au bord de la société, voire l'expulse. Son comportement se trouve désormais observé par «l'oeil du village»; les moindres écarts vont être poursuivis à coups sûrs. Acke en tire les conséquences. Dans les dossiers de Heiden, on perd subitement ses traces. Ceci ne peut pourtant pas être expliqué par un changement radical de son comportement, mais plutôt par un changement de domicile. En 1767, il réapparaît comme cordonnier à Lieme (canton de Brake), où il continue sa carrière de criminel. En 1770, la haute justice le condamne à une peine de prison de cinq ans pour vol[29]. Il ne purgera pourtant pas sa peine car quelques semaines plus tard il sera livré à l'armée prussienne[30]. De cette façon, un service était rendu aux autorités de Lippe tout comme aux villageois: on s'était alors débarrassé de façon élégante d'un élément perturbateur incalculable et on l'avait placé sous la discipline particulière de l'armée prussienne.

Christoph Dieckmann se montra aussi perturbateur de la paix villageoise. Contrairement à Acke, Dieckmann fait partie des habitants qui ont une meilleure situation. En tant que fermier, il dispose d'un domaine de plus de

[25] Voir StAD, L 89 A I, Nr. 120, p. 496.

[26] StAD, L 89 A I, Nr. 120, p. 496.

[27] StAD, *Actum Detmold*, 9.12.1761; L 86, Nr. 1100 a, fol. 2v, 3r.

[28] Sur ce cas voir StAD, *Actum Detmold*, 11.8.1764; L 86 Nr. 1100 a, fol. 22v.

[29] Voir la resolution de 11.1.1780, StAD, L 107 B, Nr. 35.

[30] Sur ce point voir la resolution de 25.1.1770, StAD, L 107 B, Nr. 35.

17 hectares et aussi d'une ferme avec 5 bâtiments[31]. Ces biens lui permettent d'avoir une place parmi les dix plus gros paysans de Heiden. Dieckmann apparaît seulement rarement comme accusé dans les dossiers du *Gogericht*, et si c'était le cas, seulement pour des affaires mineures, dans lesquelles il s'agit la plupart du temps de délits qui proviennent du contexte du travail agricole. Pourtant à partir de 1726, cette image va changer de façon abrupte. En effet, dans la période entre 1726 et 1731, Dieckmann est accusé pas moins de 17 fois. Tout comme chez Acke, les délits de violence sont aussi chez lui les plus nombreux. Les procès-verbaux signalent le plus souvent des bagarres dans l'auberge, qui sont en général précédées par une large consommation d'alcool et qui finissent souvent pour ses adversaires par de graves blessures[32]. Mais il a tiré trop sur la ficelle le jour où, lors d'une dispute, il a frappé la joue du très influent gros fermier de Heiden d'une façon si violente avec un bâton que du sang se mit à gicler[33]. Tout comme Acke, Dieckmann semble tout à coup avoir dépassé les limites de la tolérance. Il est peu probable qu'il se soit comporté totalement autrement avant, pourtant c'est seulement à partir de 1726 qu'on remarque une multitude de plaintes. Les plaintes des villageois pour coups et blessures, indécence, diffamation, dégâts matériels et autres délits inondent le *Gogericht* comme un raz-de-marée.

Le comportement de Dieckmann ne semble manifestement plus être toléré par la société villageoise et dans ce contexte, le tribunal semble été avoir instrumentalisé pour le contrôle social. Pourtant, ces mesures servirent peu car les écarts de Dieckmann doivent trouver leur paroxysme spectaculaire en 1730. Une nuit, il attela ses chevaux et laboura ainsi tout autour de la maison de Sültemeier, le plus gros paysan du village. Il menaça en même temps d'aplatir la ferme et de mettre le feu aux maisons et de tuer Sültemeier, si celui-ci essayait de quitter la maison[34]. Il s'était de cette manière fâché définitivement avec les personnes les plus importantes du village et représentait désormais pour la commune un danger plus que difficile à calculer. C'est pourquoi son statut social ne lui permettait plus de le défendre devant des sanctions plus sévères. Dieckmann fut à la suite de cela condamné à une peine de travail de durée indéterminée. La notice du dossier est intéressante car selon celle-ci le délinquant doit être si durement

[31] Voir le cadastre de 1720, StAD, L 101 C I Amt Lage, Nr. 12.

[32] Voir StAD, L 89 A I, Nr. 117, fol. 580r.

[33] StAD, L 89 A I, Nr. 117, fol. 488r.

[34] Sur ce cas, voir StAD, L 89 A I, Nr. 117, fol. 581v.

puni non seulement à cause de ce délit mais principalement à cause de la mauvaise vie qu'il menait et de son changement[35]. Dieckman fut par la suite contrôlé de plus en plus sévèrement, ainsi un an plus tard un délit plutôt minime suffit (il avait abattu et vendu sans l'autorisation des autorités cinq chênes de son bois) à le condamner à un châtiment corporel. Lorsqu'on voulut le lui affliger, on dut constater qu'il avait pris la fuite[36]. Tout comme Acke, Dieckmann quitta le village, mais à l'inverse de Acke, il y revint. La maison et la ferme le liaient plus fortement à l'endroit qu'en ce qui concerne Acke, étant à peu près complètement sans biens et ainsi un locataire mobile. Il devait s'adapter s'il voulait éviter d'autres sanctions sévères. Dieckmann céda d'une certaine manière à cette pression car il disparut presque totalement des dossiers des procès-verbaux du tribunal. Il dut pourtant même après sa mort garder sa mauvaise réputation acquise de cette façon, car lors d'une dispute on reprocha au fils, même trente ans plus tard, la mauvaise réputation de son père alors décédé[37]. Aussi bien dans le cas du locataire Acke que dans celui du fermier Dieckmann, le village et les autorités travaillent main dans la main. Les plaintes provenaient des membres du village, les juges infligeaient des sanctions de plus en plus sévères. Les deux parties avaient aussi un intérêt commun: le rétablissement de la paix au sein du village. Les personnes ainsi visées n'avaient alors que deux solutions: s'adapter ou fuir.

4. *Théorie*

Comment peut-on résumer la quantité et la diversité des résultats détaillés et les classer dans des contextes plus grands? Un reproche central à la science microhistorique est qu'elle se perd dans les détails, qu'il lui manque la capacité de synthèse[38]. La solution du problème devrait se trouver alors dans un usage de théories explicites et dans la relation du niveau micro avec le niveau macro des structures et des procès généraux.

On choisit comme point de départ théorique un modèle qui répond aux exigences d'une analyse empirique, limitée dans le temps et l'espace, c'est-

[35] StAD, L 89 A I, Nr. 117, fol. 581v.

[36] Voir StAD, L 89 A I, Nr. 118, fol. 60r.

[37] Voir *Actum Detmold* 10.5.1758, StAD, L 86, Nr. 1109 o, fol. 161r.

[38] Sur ce point, voir, entre autres, W. HARDTWIG, *Alltagsgeschichte heute. Eine kritische Bilanz*, in W. SCHULZE (ed), *Sozialgeschichte, Alltagsgeschichte, Mikro-Historie*, Göttingen 1994, pp. 19-32, ici p. 25.

à-dire un modèle qui dispose d'une sélectivité suffisamment nuancée et qui prend en compte différents niveaux d'analyse. Le modèle part du principe de deux concepts de l'ordre différents, l'un local et l'autre des autorités. Tandis que le système local repose sur un système de règles né de contacts 'face à face' quotidiens, le concept de l'ordre des autorités peut être assimilé au droit positif, qui est fixé dans de divers règlements d'ordre public, dans des édits et des décrets[39]. Les deux concepts se font concurrence dans divers points. La tradition de la fête par exemple est estimée positivement dans le cadre local à cause de ses importantes fonctions sociales tandis que les autorités poursuivent juridiquement la participation comme l'expression de gaspillage. Dans le village, il ne s'agissait pas d'accomplissement d'une loi impersonnelle, mais d'une façon tout à fait pragmatique de la garantie de la paix sociale au quotidien[40]. Dans le modèle de l'ordre, la société villageoise même n'est pas considérée de façon idéalisée comme un groupe social homogène, mais on différencie ici clairement différents groupes ayant différents intérêts.

A l'aide du modèle dichotomique on réussit à recenser différents niveaux d'action et à les relier entre eux. Le modèle villageois de l'ordre renvoie aux systèmes de normes existants dans le cadre local tandis que le concept de l'ordre des autorités (mot-clef: «Sozialdisziplinierung», Gerhard Oestreich[41]) permet de recenser le niveau d'activité de l'état et de l'interpréter. Le profit décisif du modèle consiste dans le fait qu'on peut analyser, grâce à la définition des relations du niveau local et celui des autorités, les conditions, les possibilités et les limites de l'activité de l'état dans le domaine local. A l'aide de ces instruments théorétiques, il est possible de définir les règles de la société locale tout comme la relation réciproque entre individu, société et autorités. Le point de départ aiguise le regard pour des changements à

[39] Pour le concept de l'ordre voir K.-S. KRAMER, *Grundriß einer rechtlichen Volkskunde*, Göttingen 1974, chap. «Ordnung», pp. 17-26; K. WRIGHTSON, *Two Concepts of Order: Justices, Constables and Jurymen in Seventeenth Century England*, in J. BREWER - J. STYLES (edd), *An Ungovernable People. The English and Their Law in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*, London 1980, pp. 21-47.

[40] Voir K. WRIGHTSON, *Two Concepts*, p. 25.

[41] G. OESTREICH, *Strukturprobleme des europäischen Absolutismus*, in «Vierteljahrsschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte», 55, 1968, pp. 329-347. Voir à ce sujet les remarques de W. SCHULZE, *Gerhard Oestreichs Begriff «Sozialdisziplinierung in der Frühen Neuzeit»*, in «Zeitschrift für historische Forschung», 14, 1987, pp. 265-302; K. KRÜGER, *Policey zwischen Sozialregulierung und Sozialdisziplinierung. Reaktion und Aktion in der Begriffsbildung durch Gerhard Oestreich 1972-1974*, in K. HÄRTER (ed), *Policey und frühneuzeitliche Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 2000, pp. 107-119.

la base, il voit la population aussi bien en tant qu'objet que comme force contraire aux essais de l'état de l'influence disciplinaire. Le rendement déterminant du concept ainsi élargi de la *Sozialdisziplinierung* semble exister dans la relation entre la micro- et la macrohistoire, entre l'individu et la structure.

Quelles sont maintenant les nouvelles conclusions qu'on peut obtenir à l'aide du modèle? Il est clair qu'il faut noter des résultats positifs à côté des échecs de la politique des autorités à vouloir appliquer leurs idées de norme au niveau local. En effet, non seulement le gouvernement se trouvait devant des problèmes d'ordre graves mais aussi de grandes charges pour la structure locale grandissaient à cause de changements radicaux, sociaux et économiques à l'intérieur de la société villageoise. Au vu de cela, on en arrive à une aggravation du potentiel de conflits internes qui laisse ses traces dans la criminalité quotidienne. L'analyse des délits, du profil de l'auteur et de la victime, du procédé des plaintes renvoie pour les différents domaines à une ouverture des solidarités traditionnelles et communales. Le système d'ordre local qui repose sur le modèle paternaliste des relations directes de face à face se montra par exemple en ce qui concerne la protection de la propriété constamment dépassé. Mais aussi dans d'autres points comme par exemple le contrôle de la sexualité, venir à bout de crises de subsistance tout comme l'intégration des travailleurs saisonniers, les formes traditionnelles pour régler les conflits locaux et pour défendre la paix ne fonctionnaient plus. Cela avait pour conséquence que les groupes villageois qui dirigeaient devaient avoir recours à l'aide de l'état pour rétablir l'ordre social dans certains domaines. Il en résultait un point de départ pour formaliser toujours plus fermement le règlement des conflits privés, reposant sur la relation personnelle directe et les guider ainsi en même temps dans la voie déjà tracée des autorités. Le fait que, en raison du changement social, un rapprochement entre les intérêts de l'oligarchie villageoise et ceux de l'état eut lieu est important pour ce développement. De plus, l'état proposait sous la forme de son programme de *Sozialdisziplinierung* un concept de l'ordre qui pouvait être utilisé par les groupes villageois pour stabiliser leur propre position. S'il existait avant un système de l'ordre dans le village en grande partie autonome et se régularisant lui-même, dont les principes étaient dominés par les intérêts des paysans qui disposaient de terres qui en vivaient, c'étaient alors justement ces groupes porteurs qui voyaient leur position mise en danger par l'augmentation des couches basses sans terres et extrêmement mobiles. S'ils pouvaient en se servant de moyens traditionnels seulement difficilement défendre un ordre qui leur convenait, il ne leur restait alors pas d'autre possibilité que de

chercher leur chance dans l'état et dans son offre de l'ordre. Les normes de discipline et d'ordre proposées par les autorités pouvaient être désormais utilisées dans un contexte différent aussi bien comme moyen de protection que de moyen de combat contre les couches basses qui s'agrandissaient. La justice de l'état pouvait ainsi être instrumentalisée pour pouvoir s'imposer. Les chances de mettre en pratique de façon effective la *Sozialdisziplinierung* augmentaient au cours du processus de changement. C'est seulement à travers la coopération entre les élites locales et les autorités qu'il y eut des débuts d'effectivité. La chance se présentait pour la première fois à l'état grâce à cette alliance, de mettre en pratique, au niveau du village, le concept de pouvoir et de *Sozialdisziplinierung* avec un plus grand succès.

5. *Bilan*

Quels sont les possibilités, les problèmes et les chances offerts par une analyse microhistorique de la criminalité d'un village? Je pense que l'exemple que je viens de fournir peut valoir de plaidoyer pour l'analyse microhistorique. Des aperçus dans des changements peu spectaculaires mais néanmoins décisifs ne se dévoilent pas lors de la première approche. Les modèles généraux de développement des comportements déviants par exemple ne laissent pas forcément déduire une augmentation des tensions au sein du village. L'extension exorbitante de la catégorie de délits de services informe pour la deuxième moitié du 18e siècle une augmentation des conflits entre les sujets et l'autorité. Pourtant ceci n'est qu'une partie de la réalité. Les événements qui se cachent derrière la surface de statistiques générales sont plus importants. Ici, ce sont seulement des analyses de la structure et la qualité des différents délits, ancrés dans le contexte social et reliés avec des témoignages de sources d'origines diverses qui peuvent donner des aperçus plus précis.

Il faut en outre souligner que sans l'approche microhistorique et individuelle une importante dimension socio-historique aurait manqué dans l'analyse de la criminalité villageoise. Alors: qui vole à qui; où les lignes de conflits passent au sein de la société villageoise, jusqu'où se montrent des modèles sociaux de sanction. C'est aussi à l'aide de l'analyse de destins concrets qu'on peut révéler en détail des processus complexes par exemple les conditions, les fonctions, les dispositions préalables mentales et des mécanismes de contrôle social. On peut ainsi acquérir de nouvelles révélations, on peut poser des questions qui font avancer la recherche. En plus, et cet aspect ne doit pas être négligé, on peut, grâce aux exemples de certains indivi-

dus, illustrer les résultats, et les rendre ainsi plus parlants qu'une analyse abstraite.

Il faut souligner tout particulièrement deux éléments reliés entre eux qui forment des obstacles graves à une analyse microhistorique. Premièrement: pour acquérir une foule d'informations nécessaires à la reconstruction de biographies individuelles, il faut étudier un large éventail de sources différentes. Cela ne demande pas seulement énormément de temps et de travail, mais les sources doivent être tout d'abord disponibles. Deuxièmement: le rapprochement et la connexion de ces informations posent un autre problème, car les noms étaient donnés à l'époque de façon très flexible. Cela implique que beaucoup d'indices ne peuvent être utilisés car ils ne peuvent pas être attribués en toute sûreté à une telle personne.

Un autre problème fondamental repose dans le ralliement du niveau macro et micro. Bien souvent le pot pourri de résultats d'analyse microhistorique n'est rangé que par thèmes insignifiants. Il s'agit justement ici du danger principal de la recherche microhistorique, elle ne doit pas succomber au danger du simple folklore.

Avec le regard sur le 'petit', l'individu devient automatiquement le centre des efforts, le véritable objet des historiennes et historiens. Le célèbre historien français Marc Bloch avait d'ailleurs qualifié il y 60 ans ses collègues historiens de «cannibales». Partout où ils sentent de la chair humaine, ils flairent tout de suite leur proie[42]. Désormais, nous savons tous que c'est un long et dur chemin entre le moment où on flaire la proie jusqu'à l'instant où on l'abat dans les règles. Et pourtant le plaisir des gourmets de nouvelles découvertes justifie tout ce travail!

[42] Pour le remarque de Marc Bloch voir W. SCHULZE, *Ego-Dokumente: Annäherungen an den Menschen in der Geschichte? Vorüberlegungen für die Tagung «Ego-Dokumente»*, in W. SCHULZE (ed), *Ego-Dokumente. Annäherungen an den Menschen in der Geschichte*, Berlin 1996, pp. 11-30, ici p. 11.

Il 'problema penale' nella dottrina italiana del secondo Settecento: Filippo Maria Renazzi

di *Beatrice Maschietto*

In un volume divenuto ormai un classico per la storia del pensiero giuridico moderno, Giovanni Tarello definiva il 'problema penale' del secolo XVIII come «un complesso di problemi tra loro connessi», attinenti all'esistenza e pertinenza di uno *ius puniendi in statu civili*, ai soggetti nei confronti dei quali tale diritto si eserciti, alla liceità, ai presupposti ed alle modalità di comminazione delle pene, all'esistenza, inoltre, di un «rapporto naturale tra il tipo della punizione e il tipo dell'azione o del modo di essere puniti»[1]. A tutti questi interrogativi – proseguiva l'illustre filosofo del diritto – non sono date risposte globali e articolate prima della seconda metà del Settecento, giacché soltanto allora si stabilisce un nesso preciso fra i vari quesiti del 'problema penale', i cui termini divengono generali ed astratti, funzionali alle specifiche esigenze organizzative e culturali dell'età dell'assolutismo politico[2].

La resistenza che inevitabilmente si manifesta nei confronti del nuovo diritto criminale, strumento principe del potere delle monarchie d'*ancien régime*, pur muovendo da una matrice reazionaria e antistatalista, conduce ad una progressiva rivisitazione delle ideologie fondanti e dell'*habitus* esteriore del sistema sanzionatorio vigente, con l'assunzione di nuove tecniche di sistematizzazione e unificazione delle disposizioni penali secondo le coordinate segnate dai criteri di precettività, chiarezza, assolutezza e coerenza normativa.

I contenuti della norma, però, vale a dire gli istituti, le definizioni elaborate dalla 'prima scienza criminalistica' dei secoli XVI-XVII (l'età di Deciani, Claro, Farinacci, Carpzov, Matthes ...)[3] non subiscono sostanziali modifiche:

[1] G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, p. 383.

[2] *Ibidem*, pp. 384-392.

[3] Con questa 'prima scienza criminalistica', che sarà poi l'oggetto privilegiato degli strali di giuristi e filosofi dell'età dei Lumi, si compie, in realtà, una tappa fondamentale verso la riforma del sistema sanzionatorio. Gli scrittori dell'ultima ora ne raccolgono l'eredità senza

l'uso di categorie dogmatiche e di rubriche corrispondenti in molti casi a quelle degli odierni manuali di diritto penale continua, nel pensiero di quei giuristi che vivono la transizione dall'età dello *ius commune* ai codici, a celare l'idea, ora posta sotto accusa, di una legislazione modellata sulle esigenze della prassi forense e costruita mediante la giustapposizione delle fattispecie concrete più ricorrenti.

Quello che si intraprende è allora un processo di rifondazione sostanzialmente ideologica della criminalistica moderna, che muove dai grandi principi dell'Illuminismo penale, a cui si riconnettono o da cui discendono i sostrati filosofici e i requisiti tecnici delle nuove codificazioni: dalla dottrina utilitaristica deriva quindi il convincimento che il diritto penale debba conformarsi all'utile di una società ormai mondana, ove sono esclusi dal novero delle azioni perseguibili tanto quei comportamenti che configurino un peccato di natura esclusivamente religiosa quanto quegli atti soltanto socialmente riprovevoli.

È necessario allora che sia la legge a stabilire in maniera semplice, chiara, precisa ogni singola azione utilmente sanzionabile, cioè ogni fattispecie astratta di reato, esautorando con ciò del proprio arbitrio equitativo il vecchio giudice d'antico regime, divenuto troppo spesso dispensatore di oracoli[4]

saperne valutare appieno gli sforzi, ma «così avvien per il solito nelle riforme umane che si fanno per gradi (parlo delle vere e giuste riforme; non di tutte le cose che ne hanno preso il nome): ai primi che le intraprendono, par molto di modificare la cosa, di correggerla in varie parti, di levare, d'aggiungere: quelli che vengon dopo, e alle volte molto tempo dopo, trovandola, e con ragione, ancora cattiva, si fermano facilmente alla cagion più prossima, maledicono come autori della cosa quelli di cui porta il nome, perché le hanno data la forma con la quale continua a vivere e a dominare»; A. MANZONI, *Storia della Colonna Infame*, a cura di C. RICCARDI, Milano 1990^3, p. 19.

[4] È l'accusa che Pietro Verri muove nei confronti del Senato milanese, che descrive ironicamente come un corpo di giudici padroni della legge, «cui spetta giudicare delle sostanze, della vita, della fama de' cittadini, o secondo la legge o contro la legge o fuori della legge, o seguendo o non seguendo le formalità prescritte dalla legislazione», un tribunale che, «riunendo in sé le due persone del legislatore e del giudice fa vedere la fallacia del cancelliere Francesco Bacone e del presidente Montesquieu, i quali osarono asserire che dovunque queste due persone trovinsi riunite ivi è il vero dispotismo ... Oh gran Senato che non giudica come i Senati, bensì come Dio. 'Senatus judicat tamquam Deus', cioè 'tamquam Deus' non dando mai ragione delle proprie sentenze; poiché se desse ragione gliene resterebbe tanto meno per lui, e non è mai soverchia la ragione in un tribunale di giustizia». Le sentenze, «o per dir meglio servendomi della comune epressione, gli *oracoli* del Senato si hanno colla vile moneta di cento doble per articolo»; P. VERRI, *Orazione panegirica sulla giurisprudenza milanese*, in C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene. Con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento*, a cura di F. VENTURI, Torino 1994^2, pp. 136-138.

piuttosto che amministratore imparziale di un diritto giusto. Nel contempo, la norma legale dovrà porre per il singolo delitto precisi limiti al *quantum* della pena edittale, commisurando quest'ultima ai suoi stessi fini, quindi correlando tra loro umanità o mitezza della condanna e sua utilità.

A questi postulati si aggiunge, infine, l'ideologia portante del razionalismo giuridico settecentesco, secondo cui la sanzione criminale deve stare all'azione proibita in un rapporto fisso e secondo ragione, deve essere «a misura o in ragione ('ratio' = misura) del reato»[5], vale a dire proporzionale.

La combinazione e composizione di queste differenti (e per certi profili opposte) ideologie avvia, nel contesto storico-politico del secondo Settecento, un processo irreversibile di secolarizzazione e legalizzazione della scienza penalistica che, mirando ad annullare ogni particolarismo giuridico in nome dell'eguagliamento postulato dal nuovo soggetto unico di diritto, diviene in realtà strumento di un diverso assolutismo codificatorio.

In pieno XVIII secolo, però, l'eredità dell'epoca precedente del giusnaturalismo pufendorfiano, lockiano e thomasiano, a cui molto devono le dottrine penalistiche moderne[6], non può dirsi definitivamente acquistata,

[5] G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 388.

[6] La concezione imperativistica della legge, che permea di sé il legalismo penale, è una diretta filiazione del pensiero pufendorfiano, secondo cui «Norma illa vocatur *lex*, quae est *decretum, quo superior sibi subiectum obligat, ut ad istius praescriptum actiones suas componat*»; S. VON PUFENDORF, *De officio hominis et civis secundum legem naturalem libri duo, cum Joannis Barbeyracii Notis* ..., Viennae - Pragae - Tergesti, Typis et Sumt. Joann. Thom. Trattner, MDCCLVII, L. I, Cap. II, § II, p. 77. Il fondamento dell'obbligazione giuridica risulta allora il comando del superiore, a cui si accompagna sempre la minaccia di una sanzione, segno e misura dell'obbligazione stessa, e dunque elemento costitutivo e discriminante il dettato obbligatorio della norma dalla disposizione, dalla regola, dal precetto non giuridicamente rilevanti: sono così lecite, o permesse (si tratta della sfera residua della libertà naturale), quelle azioni su cui nessuna legge dispone, come sono i comportamenti attinenti al profilo morale, religioso e talora sociale dell'individuo. La pena, poi, è definita da Pufendorf come un male prestabilito con una legge nota a tutti e inflitto dal sovrano a titolo di imperio e a scopo di coazione a causa di un male fatto, cioè di un delitto precedentemente commesso. Cfr. S. VON PUFENDORF, *De jure naturae et gentium libri octo*, III, Francofurti & Lipsiae, ex officina Knochiana, MDCCLIX, L. VIII, Cap. III, § IV, p. 163: «In Genere poena describi potest per malum passionis, quod infligitur ad malum actionis; seu malum aliquod molestum, quod per modum coactionis et pro imperio alicui intuitu antegressi delicti imponitur». Il processo di razionalizzazione e secolarizzazione delle norme criminali così avviato prosegue quindi con Christian Thomasius, il quale, così come Locke aveva fatto per le azioni censurate dalla semplice «*public opinion*», teorizza l'irrilevanza per il diritto penale statuale delle azioni medie (la sfera del «*decorum*»), che attengono alla benevolenza reciproca. Cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., pp. 115-122; 386-387.

e la battaglia tra forze di segno conservatore, refrattarie ad una sostanziale modifica dello *status quo*, e fautori delle nuove filosofie illuministiche miete ancora le sue vittime.

È vero infatti che nell'Italia di fine XVIII secolo, quando già appare grande la fortuna di Cesare Beccaria, con cui l'Illuminismo penale si identifica a partire dal 1764 (anno di pubblicazione del suo fortunato «libriccino»[7]), il 'problema penale' continua ad affaticare la dottrina, divisa sostanzialmente in tre correnti: ci sono i giacobini, come Francesco Mario Pagano[8], che sembrano aderire consapevolmente e con entusiasmo alle nuove ideologie contrattualiste e democratiche di matrice rivoluzionaria; ci sono poi i

[7] Cfr. A. MANZONI, *Storia della Colonna Infame*, cit., p. 32.

[8] Sulla figura del giurista partenopeo si vedano: F. MASSA, *Elogio storico di Francesco Mario Pagano scritto dal cittadino Massa*, in F.M. PAGANO, *Opere filosofico-politiche ed estetiche*, Capolago (Canton Ticino), Tipografia e libreria Elvetica, 1837; A. TEDESCHI, *Il pensiero filosofico e sociale di Mario Pagano e le sue concezioni giuridiche fondamentali*, Milano 1948; G. SOLARI, *Studi su Francesco Mario Pagano*, a cura di L. FIRPO, Torino 1963. A Pagano e ai suoi *Saggi politici* è stato dedicato, inoltre, in occasione dell'ultima riedizione degli stessi per cura di L. Firpo e L. Salvetti Firpo (Napoli 1993) l'intero fasc. 1 della rivista «Il Pensiero Politico», Firenze, 28, 1995. Ulteriori note bio-bibliografiche si rinvengono, infine, nell'utilissima ristampa anastatica di F.M. PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale – Principii del codice penale – Teoria delle prove (Logica de' probabili)*, Introduzione di E. PALOMBI, Milano 1998. In ambito criminalistico, il giurista giacobino percorre senza incertezze la strada già imboccata da Beccaria, teorizzando e progettando una totale rifondazione della materia penale, che, ancorata all'idea del delitto come violazione di un diritto, muova da una riforma integrale del sistema giudiziario e del processo e da una semplificazione delle fonti giuridiche, con l'attribuzione del potere normativo in via esclusiva al legislatore, solo garante dell'unicità del soggetto di diritto e dell'uguaglianza ed imparzialità della legge penale. Così, nelle sue *Considerazioni sul processo criminale* (Napoli, 1787) e nella *Teoria delle prove* (Milano, 1803 post.), Pagano pone innanzi tutto sotto accusa il vecchio processo inquisitorio per farsi promotore di un sistema penale misto (ancora inquisitorio per i delitti di natura politica interessanti la sicurezza dello Stato, ma accusatorio per tutti gli altri reati), e condanna poi l'uso della tortura giudiziaria, che definisce un procedimento disumano, finalizzato ad estorcere una presunta confessione a suo giudizio in ogni caso insufficiente ai fini probatori per la comminazione di una pena ordinaria. Quindi, egli suggerisce un piano di riforma del processo in grado di unificare, semplificare e sveltire la procedura con la messa al bando delle iniquità (detenzione arbitraria, procedimenti abbreviati, pene straordinarie rimesse all'arbitrio dei giudici), del formalismo giudiziario e delle pretestuose quanto pericolose lungaggini procedurali, nonché con l'adozione di precise garanzie a tutela delle parti deboli del processo, *in primis* dell'imputato. Quanto al profilo sostanziale, Pagano prese le distanze dalla concezione utilitaristica della pena che valutava la gravità del reato dal pericolo o dal danno sociale scaturente dal fatto, pone invece in primo piano l'intenzione criminosa, cioè il dolo, a cui si deve rapportare la giusta retribuzione giuridica. In quest'ottica, la pena diviene, allora, «la perdita di un diritto per un diritto violato, o per un dovere omesso»; F.M. PAGANO, *Principii del codice penale*, cit., p. 241.

riformatori, come Nicola Spedalieri[9], che, nel caldeggiare un'opera di svecchiamento delle strutture politiche e del sistema giuridico dell'antico regime, si muovono pur tuttavia con una certa cautela in mezzo ai proclami dell'Ottantanove, nell'intento di adeguarli all'esperienza e al pensiero giuspolitico italiani, tradizionalmente refrattari a bruschi cambiamenti. Infine, c'è chi, nel contesto italiano prepotentemente influenzato dalla presenza politica della Chiesa e in quella delicata congiuntura in cui si compie l'alleanza tra giansenismo e giurisdizionalismo[10], elude gli interrogativi politici

[9] Del 'problema penale' Spedalieri tratta in vari capi della sua opera principale *De' Diritti dell'Uomo libri VI*, Assisi [Roma] 1791, (L. I, Capo XII, §§ 31-32 e Capo XIII, §§ 5-8; L. II, Capi V-VII; L. IV, Capo V), alle cui pagine egli affida diffusamente il proprio pensiero giuspolitico, che muove della considerazione dei diritti naturali dell'individuo. Mostrando, sotto questo profilo, di essere ancora un uomo d'antico regime il filosofo siciliano concepisce dunque il diritto penale come lo strumento necessario, anche se «molto inferiore al bisogno», *ibidem*, L. II, Capo VII, § 19, p. 128, per mantenere l'ordine sociale, e attribuisce pertanto al timore delle pene una primaria funzione deterrente, con fini di prevenzione tanto generale quanto speciale: «Nella punizione dei delitti l'ordine sociale non dee mirare alla sola persona del reo: dee anche proporsi di spaventar tutti gli altri, onde la salutare impressione del timore tenga le passioni loro in freno» (*ibidem*, L. I, Capo XII, § 32, p. 62). A questo scopo, egli prevede ancora che le esecuzioni dei colpevoli debbano avvenire, secondo la prassi d'*ancien régime*, «in pubblico, e con certe lugubri solennità che impongono al popolo» (*ibidem*, p. 62). Quanto al tema, cruciale ed ampiamente dibattuto nell'età dell'Illuminismo penale, della pena di morte, concepita anch'essa come strumento di carattere retributivo con speciale funzione deterrente, Spedalieri ne difende ancora la legittimità, in quanto estrinsecazione del diritto naturale di difesa: esso comporta, infatti, che «io non possa fare all'offensore se non il *minimo* male possibile, salva la mia sicurezza: di sorte che se io non potrò star sicuro che coll'*uccidere* il nemico, io ho diritto di farlo. Come possiamo adunque negare alla Società Civile il diritto di punir colla *morte*, ch'è chiaramente compreso fra' *diritti naturali* di ogni uomo?» (*ibidem*, L. I, Capo XII, § 31, p. 61). Cenni biografici sull'autore si leggono in: A. VIVIANI, *Spedalieri, Nicola*, in *Enciclopedia filosofica*, VI, Firenze 1969, col. 49; *Nicola Spedalieri (1740-1795). Numero unico pubblicato a cura del Comitato esecutivo pel monumento nazionale in Roma*, Roma 1903, pp. 10-13; nonché G. CIMBALI, *Agli albori della rivoluzione italiana. Un libro contro Spedalieri condannato al rogo dai rivoluzionari torinesi nel 1800. Con documenti inediti e rari*, Roma 1907, pp. 3-32; dello stesso autore, *Nicola Spedalieri e le riforme ecclesiastico-civili del secolo XVIII: lezione*, Catania 1905. Per una più ampia e dettagliata analisi storico-politica e giuridica del personaggio, mi permetto di rinviare a B. MASCHIETTO, *Il pensiero giuspolitico nel primo Ottocento a Rovereto: Rosmini critico di Spedalieri*, in *Rovereto, il Tirolo, l'Italia: dall'invasione napoleonica alla Belle Époque*, Atti del Seminario di studio dell'Accademia Roveretana degli Agiati, Rovereto 28-29 ottobre 1999, in corso di stampa. Recentemente, uno studio puntuale e maturo dell'opera *De' Diritti dell'Uomo* dello Spedalieri è stato oggetto della Tesi di Laurea di S. DE LUCA, *Contrattualismo, sovranità, persona nel pensiero di un rousseauviano moderato: Nicola Spedalieri*, Università degli Studi di Trento, Facoltà di Giurisprudenza, a.a. 1998-99, a cui si rinvia, anche per un'aggiornata e completa bibliografia.

[10] Nel corso del Settecento, il giansenismo italiano (che al pari di quello francese affondava le proprie radici in una disputa di natura soteriologica), si trasforma progressivamente in un

posti dal 'problema penale', prefiggendosi di compiere – non a caso in ambito criminalistico, così intimamente connesso con la struttura politico-costituzionale dello Stato moderno – un intervento, complesso e un po' artificioso, di composizione dei contenuti sostanziali della scienza penalistica d'*ancien régime* con i nuovi portati dell'età dei lumi.

Su questa strada si pone il professore e avvocato romano Filippo Maria Renazzi (1745-1808)[11]: giurista erudito di fama europea, ricercato dai

movimento di lotta ecclesiastica, assumendo ben presto profili decisamente politici, anche in conseguenza della generale situazione di tacito o aperto conflitto tra i principi illuminati della penisola e la Santa Sede. Così Giuseppe II non trascura di offrire il proprio appoggio ai giansenisti lombardi raccolti attorno all'Università di Pavia; altrettanto fa il granduca Pietro Leopoldo in Toscana, ove la polemica giansenista, alimentata dal vescovo di Pistoia Scipione de' Ricci, culmina nel sinodo scismatico del 1786, mentre a Roma la disputa tra giansenisti e gesuiti sul potere temporale del papa si riaccende al passaggio del secolo con l'arrivo delle truppe rivoluzionarie francesi, che impongono il giuramento di fedeltà alla repubblica romana requisendo, nel contempo, i patrimoni ecclesiatici. In argomento, cfr. A.C. JEMOLO, *Il giansenismo in Italia prima della Rivoluzione*, Bari 1928; E. APPOLIS, *Entre jansénistes et zelanti. Le 'tiers parti' catholique au XVIIIe siècle*, Paris 1960; G. ALBERIGO, *Lo sviluppo della dottrina sui poteri nella Chiesa universale. Momenti essenziali tra il XVI e il XIX secolo*, Roma 1964; M. ROSA, *Riformatori e ribelli nel '700 religioso italiano*, Bari 1969; T. GOFFI - P. ZOVATTO, *La spiritualità del Settecento*, Bologna 1990. Per una conoscenza dei rapporti tra giansenismo e giurisdizionalismo in Italia (e in special modo nel granducato di Toscana) nella seconda metà del Settecento, resta comunque fondamentale la testimonianza di L.J.A. DE POTTER, *Vie de Scipion de Ricci, Évêque de Pistoie et de Prato, et réformateur du catholicisme, en Toscane, sous le règne de Léopold*, I-III, Bruxelles, H. Tarlier, MDCCCXXV; in particolare, sul sinodo di Pistoia e gli avvenimenti ad esso connessi, cfr. *ibidem*, L. II, pp. 117-159; 209-218. A cura di P. Stella sono stati, infine, pubblicati gli *Atti e decreti del Concilio diocesano di Pistoia dell'anno MDCCLXXXVI*, I: *Ristampa dell'edizione Bracali – Indici*; II: *Introduzione storica e documenti inediti*, Firenze, 1986.

[11] Notizie su Filippo Renazzi si rinvengo in diverse biografie e studi italiani e stranieri, tra cui si segnalano: *Biografia universale antica e moderna*, XLVII, Venezia - Missiaglia MDCCCXXVIII, pp. 290-291; F.-X. DE FELLER, *Biographie universelle, ou dictionnaire historique des hommes qui se sont fait un nom par leur génie, leurs talens, leurs vertus, leurs erreurs ou leurs crimes*, nouvelle édition, augmentée de plus de 5000 articles rédigés par M. Pérennés, X, Paris 1834, p. 477; D. VACCOLINI, *Renazzi (Filippo), giurista*, in *Biografia degli Italiani illustri nelle scienze, lettere ed arti del secolo XVIII, e de' contemporanei, compilata da letterati italiani di ogni provincia e pubblicata per cura del professore Emilio De Tipaldo*, II, Venezia MDCCCXXXV, pp. 449-451; F. RANALLI, *Vita di Filippo Maria Renazzi*, in *Vita di romani illustri*, II, Roma 1840, pp. n.n. (pp. 89-98 nell'edizione del MDCCCXC, dal titolo modificato in F. RANALLI, *Filippo Maria Renazzi giureconsulto*); G.M. BOZZOLI, *Studj biografici di rinomati italiani*, IV, Milano 1842, pp. 21-24; *Nouvelle Biographie Générale ...*, XLI, Paris, Firmin Didot Frères, Fils et Cie Éditeurs, MDCCCLXVI, pp. 1001-1002; P. LAROUSSE, *Grand Dictionnaire Universel du XIXe siècle français*, XIII, Paris 1875, p. 949; R. ALBY, *Renazzi (Philippe Marie)*, in MICHAUD, *Biographie Universelle ancienne et moderne, ou histoire, par ordre ...*, nouvelle édition revue, corrigée, continuée jusqu'à nos jours et

'grandi' del tempo, dalla Corte di Vienna così come dalla zarina Caterina II e, più tardi, da Napoleone, Renazzi rappresenta l'esempio forse più eloquente (e sinora trascurato) di quest'estremo tentativo di ridimensionare il 'problema penale' in termini ancora compatibili con la struttura sociale, politica e culturale delle monarchie d'antico regime.

La sua opera giuridica fondamentale, gli *Elementa juris criminalis*, si presenta come un monumentale trattato in quattro tomi apparsi a Roma tra il 1773 e il 1786 e dedicati il primo (*De Delictis generatim*, 1773) all'analisi dell'origine dei delitti e del fondamento del diritto di punire, il secondo (*De Poenis generatim*, 1775) ai caratteri generali delle pene, il terzo (*De Judiciis criminalibus*, 1781) alla procedura penale, e l'ultimo (*De Delictis et Poenis speciatim*, 1786) ad un approfondimento dei singoli reati e delle sanzioni corrispondenti. Tradotti in francese, tedesco, inglese e in molte altre lingue europee, più volte ristampati e compendiati, gli *Elementa juris criminalis* circolano per tutta l'Europa, e la loro fortuna editoriale e critica travalica il termine della vita del loro autore, costituendo l'oggetto di insegnamento in molte sedi universitarie (fra cui Lovanio, Bologna, Pisa[12]) ed un modello per quella parte della dottrina ottocentesca che, non a caso, vedrà in Renazzi un uomo della Restaurazione.

In essi, l'erudito professore della 'Sapienza', formatosi alla scuola dei padri gesuiti ed assiduo frequentatore della letteratura giusnaturalistica tedesca così come delle dottrine filosofiche moderne di matrice francese[13], muove

considérablement augmentée d'articles omis ou nouveaux ..., XXXV, Paris s.d., p. 413; L. BERRA, voce *Renazzi Filippo Maria*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XV, Torino 1968, pp. 421-422. Per una bibliografia completa e per un'analisi, compiuta anche attraverso le fonti manoscritte inedite, della vita e delle opere principali del criminalista romano mi permetto di rinviare ora a B. MASCHIETTO, *Sulle tracce di Filippo Maria Renazzi. Un inedito trentino*, in «Studi Senesi», III serie, XLVII, CX, 1998, 1, pp. 152-164; della stessa autrice si vedano inoltre, *Filippo Maria Renazzi (1745-1808): un criminalista nell'Italia dell'Illuminismo penale*, Tesi di Dottorato, Università degli Studi di Siena, Facoltà di Giurisprudenza, 1998; *L'«Anti-Rousseau» di Filippo Maria Renazzi. Con l'edizione critica della «Lettera dell'avvocato Filippo Maria Renazzi al chiarissimo signore abate D. Settimio Costanzi con cui in occasione di spiegare un passo delle sue opere si confuta il sistema del Contratto Sociale»* (Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trento, 22), Trento 1999.

[12] Secondo Carmignani (G. CARMIGNANI, *Storia della origine e de' progressi della filosofia del diritto*, in *Scritti inediti del Cav. Commendatore Giovanni Carmignani, già pubblico professore nell'I. e R. Università di Pisa*, IV, Lucca, G. Giusti, 1851, p. 202 nota 1), gli *Elementa juris criminalis* erano adottati come manuale di insegnamento non a Pisa, bensì a Siena.

[13] Nei suoi *Elementa juris criminalis* Renazzi conosce e cita molti dei capisaldi della letteratura illuministica d'oltralpe, fra cui, oltre alle già allora celeberrime produzioni di Montesquieu, Rousseau e Voltaire, l'*Essai de philosophie morale* (1749) di Maupertuis, l'*Essai*

da un'antropologia pessimista e riduttiva di chiara matrice sensista[14] ed utilitarista, secondo la quale gli individui sono naturalmente inclini al delitto[15], per sostenere poi che, per loro costituzione fisica e morale, essi sentono l'impulso alla società, in cui rinvengono la sicurezza e i *commoda* della vita[16]. Ma nello stato civile l'individuo non potrebbe vivere tranquillo quando la libertà di cui gode non fosse circoscritta da alcun limite; dunque, per Renazzi, la sola necessità di porre degli argini all'ingenita disposizione degli uomini al delitto legittima direttamente il potere pubblico ed è la vera scaturigine dello *ius puniendi* del principe[17].

E proprio sull'origine e sul fondamento delle potestà del sovrano il giurista pontificio si sofferma lungamente, tanto negli *Elementa juris criminalis*

sur l'origine des connaissances humaines (1746) e il *Traité des sensations* (1754) di Condillac, il *De l'esprit* (1758) di Helvétius, gli *Eléments de philosophie* (1759) di D'Alembert, il *De l'éducation publique* (1762) e la *Lettre sur les sourds et muets* (1772) di Diderot, la *Théorie des loix civiles ou principes fondamentaux de la société* (1767) di Linguet, il *Système de la nature* (1770) e il *Système social* (1774) del barone d'Holbach, le *Institutiones philosophiae* (1771) di Jacquier.

[14] Il ragionamento di Renazzi rivela il proprio debito verso le dottrine sensiste soprattutto allorché, analizzando la natura dei soggetti, egli individua nel dolore e nel piacere le leve di ogni azione umana: «Sunt namque Dolor, et Voluptas duae veluti vectes quarumcumque humanarum actionum: eo impellimur, quo trahit sua quemque voluptas; omnia refugimus, quae molestiam afferunt, creantque dolorem. Quippe natura Felicitatem appetimus, adversamur Infelicitati, quarum in dolore jacet altera, altera in voluptate consistit» (F.M. RENAZZI, *Elementa juris criminalis*, Editio Quarta Italica, Senis, ex Typographia Aloysii, et Benedicti Bindi, MDCCXCIV, Liber II, Caput II, § IV, p. 14).

[15] Nel fine dell'associazione civile si rinviene il bisogno di porre ostacoli a quest'attitudine umana al reato: «Sunt enim Poenae, ..., anchorae Reipublicae, quibus ea veluti navis criminum jactata procellis retinetur, et adversus illarum impetum confirmatur. Quare ut indoli humani ingenii caussae insunt, quibus conficitur jus fasque esse poenas sancire, et irrogare; ita a Civilium Societatum natura fineque poenarum infligendarum necessitas ususque profluxit. Ab utroque ergo re, et indole nimirum ingenii humani, et Civilium Societatum natura fineque poenarum origo est repetenda» (*ibidem*, Liber II, Caput II, § I, p. 7).

[16] La definizione renazziana di «*commoda*» è desunta direttamente – come lo stesso autore afferma – dalle pagine del *De jure naturae et gentium* di Pufendorf: «*Commoda* cum Puffendorfio retineo ad denotandas non tantum corporis voluptates, quas absque Societate Natura sitis, famis, venerisque satisfactioni posuit, sed eas, quae a Societate proprie gignuntur, puto, Agricolturam, Architecturam, Artes, Commercia, & c.» (F.M. RENAZZI, *Elementa juris criminalis*, cit., Liber I, Caput II, § VI, p. 31 nota 2) Il riferimento è a S. VON PUFENDORF, *De jure naturae et gentium libri octo*, cit., III, pp. 3-16.

[17] F.M. RENAZZI, *Elementa juris criminalis*, cit., Liber II, Caput III, § VI, p. 43: «Necessitate ergo factum est Publicae Potestati, in quam Reipublicae salus, Civiumque securitas incumbunt, jus puniendi, quo nullum neque terribilius, neque majus possunt homines hominibus tribuere, et supra alios homines exercere».

quanto nella sua successiva confutazione del *Contrat Social* di Rousseau[18]: se la natura ha disposto e formato gli uomini perché vivano in società, allora quest'ultima non può essere uno stato avventizio ed arbitrario, né può originarsi da un ipotetico contratto, ma è stato naturale, intrinsecamente connesso con il diritto naturale scolpito da Dio negli animi umani e conoscibile ai singoli mediante la retta ragione[19]. Nella società civile così fondata si esige che gli individui non siano né pienamente liberi né perfettamente uguali, ma sottoposti a leggi[20], che un potere sovrano fondato sul diritto naturale provvede a far rispettare. E poiché è Dio l'autore di tale diritto, ne deriva che anche la potestà del principe ha una legittimazione divina, così come preordinata ed immutabile è la divisione della società in governanti e governati, in *honestiores* e *humiliores*, cioè in ordini o ceti[21].

Se dunque Beccaria individua il 'problema penale' nella primaria necessità di difendere il deposito del contratto sociale da cui lo stato civile ha tratto origine, ponendo però, nel contempo, dei limiti stringenti al potere di punire dell'autorità pubblica[22], Filippo Renazzi, invece, anticontrattualista convinto

[18] B. MASCHIETTO, *L'«Anti-Rousseau» di Filippo Maria Renazzi*, cit., pp. 78-122.

[19] *Ibidem*, pp. 79-80.

[20] Renazzi definisce la legge come un «decretum Superioris quocumque modo sufficienter manifestatum, juxta quod Subjecti obligantur aut prohibita ab ipso Superiore sive generatim, sive in certis casibus omittere, aut imperata agere; cetera vero ab eodem permissa, vel omittere suo libitu, vel agere possunt» (F.M. RENAZZI, *Elementa juris criminalis*, cit., Liber I, Caput II, § VIII, pp. 35-36).

[21] B. MASCHIETTO, *L'«Anti-Rousseau» di Filippo Maria Renazzi*, cit., pp. 86-88, foll. 15-19, rr. 264-268; 278-285; 303-305; 335-338: «Come la libertà naturale è originariamente, a seconda dei dettami della retta ragione, dentro que' limiti ristretta, che vi appongono la legge di natura e le leggi positive della società, così l'*eguaglianza* non è assoluta e indefinita tra gli uomini, ma circoscritta nel suo principio e ne' suoi effetti ... Esige lo stato di società un *ordine*, che convenientemente colla diversità delle incombenze e degli uffizi corrisponda ai diversi suoi oggetti. Non potria quest'*ordine sociale* aver luogo, senza una respettiva subordinazione tra quelli che debbono mantenerlo. Quindi siegue che nella società debbono esservi e chi ordina, e chi eseguisce; e sotto questo rapporto ecco come quelli stessi, che sono eguali per natura, sono poi ineguali per l'essenza dell'ordine sociale ... Ed in vero ancorché gli uomini nascano liberi, forse non nascono essi parimenti per la società? Nascendo per questa, nascono in conseguenza per vivervi nella *subordinazione* ... Quindi la superiorità, e il supremo potere del sovrano è assolutamente necessario nello stato di società, e in conseguenza vi è indispensabile la dipendenza e subordinazione dei sudditi verso il medesimo».

[22] M.A. CATTANEO, *I principi dell'illuminismo giuridico penale*, in *Diritto Penale dell'Ottocento. I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Studi coordinati da S. Vinciguerra, Padova 1993, p. 5. Si confronti altresì il giudizio lucido e sintetico di G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., pp. 466-467: «Beccaria non intende con «diritto di punire» individuare la legittimità, legittimità della irrogazione di sanzioni da parte dello Stato,

e fautore ancora di un assolutismo monarchico di diritto divino, respinge a priori la stessa ipotesi che in ambito criminalistico possa configurarsi un «problema», ancorando altresì le proprie tesi alla necessità naturale di un potere di contenimento degli impulsi umani a delinquere, potere che trova già in se stesso i propri limiti.

In questo modo l'espressione beccariana «tutte le pene che oltrepassano la necessità di conservare questo vincolo sono ingiuste di lor natura»[23], ripresa testualmente da Renazzi nei suoi *Elementa juris criminalis*[24], non esprime più un'istanza politica ed insieme umanitaria di rilegittimazione e riequilibrio di un sistema sanzionatorio obsoleto e corrotto, ma, con un totale stravolgimento di significato, viene a segnare, sulla scorta di una tradizione di potere lungamente sperimentata, il confine estremo oltre il quale non può spingersi lo *ius puniendi* del principe, investito del più terribile fra i poteri direttamente dalla natura dei suoi sudditi, dalla necessità, cioè, di contenere i loro impulsi e le loro pericolose passioni.

Quanto alle pene, definite come un male di passione o di privazione inflitto dal sovrano pubblicamente, infallibilmente e con tempestività al fine di ottenerne un sicuro effetto deterrente[25], Renazzi accoglie, nell'ottica di

perché tale legittimità è *in re ipsa*, risiede nella stessa esistenza del contratto sociale e nella stessa istituzione dello Stato. Egli intende, invece, discutere il problema *dei limiti* entro cui questo potere per sé legittimo può essere legittimamente – secondo diritto di natura – esercitato».

[23] C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § II, p. 13: «E per giustizia io non intendo altro che il vincolo necessario per tenere uniti gl'interessi particolari, che senz'esso si scioglierebbono nell'antico stato d'insociabilità; tutte le pene che oltrepassano la necessità di conservare questo vincolo sono ingiuste di lor natura».

[24] Cfr. F.M. RENAZZI, *Elementa juris criminalis*, cit., Liber II, Caput III, § VI, p. 43: «Itaque Poenae, quarum decernendi jus intelligitur nequivisse homines vel noluisse tribuere, quaeque a necessitate non oriuntur, injustae sunt, illegitimae, non jure inflictae, sed vi illatae (V. *Dei Delit. e delle Pen.* §. II.)».

[25] «Poena est malum passionis vel privationis, quod propter delictum alicui a Publica Potestate infligitur, ut aliis ejusdem metu a delinquendo deterritis communi securitati pacique prospiciatur» (F.M. RENAZZI, *Elementa juris criminalis*, cit., Liber II, Caput III, § II, p. 33). Secondo Renazzi, i «mali di passione» – cioè quelli che infliggono sofferenze cagionando un «dolore di rifuggimento» (A. LORETI, *Sinossi degli Elementi di Diritto Criminale dell'Avvocato Filippo Maria Renazzi* ..., I, Gubbio 1843, p. 85 nota 1) – suscitano negli uomini un timore maggiore di quelli «di opinione» o «privazione», che consistono nel vedersi spogliare dei beni primari della vita o della stima e della reputazione di cui si gode presso gli altri e che pur cagionano *negativamente* un dolore (F.M. RENAZZI, *Elementa juris criminalis*, cit., Liber II, Caput X, § I, p. 157). Riguardo alle modalità di esecuzione della condanna, il criminalista romano sostiene con fermezza la necessità che essa sia inflitta pubblicamente «eoque apparatu, qui quo minus fieri potest illis acerbus, inferendusque dolorem; aptior

composizione cui si è fatto cenno, i princìpî illuministici di umanità e proporzionalità, ponendo a loro fondamento la stessa logica politica e sociale che già aveva dato impulso al ragionamento di Montesquieu[26]: le pene più lievi, ove abbiano vigore, manifestano la medesima forza dissuasiva espressa altrove da supplizi atroci; accade poi che, quando le punizioni siano troppo dure e crudeli, sia necessario dar luogo all'indulgenza e all'impunità, benché niente più di queste misure sia dannoso per la pubblica sicurezza[27].

tamen sit ad vulgi praesertim animos excitandos, et deterrendos» (*ibidem*, Liber II, Caput III, § VIII, pp. 48-49), nonché tempestivamente, «ut opportunius validuisque possint publico exemplo prodesse, quero in finem potissime primum invectae sunt, et in Civili Statu adhibentur» (*ibidem*, Caput XV, p. 222). Renazzi, quindi, mette in relazione tra loro i requisiti della certezza e puntualità delle pene e quello della loro mitezza, affermando che le punizioni, essendo mali comminati dalle leggi per impedirne di maggiori, devono essere il più possibile miti. L'esperienza, infatti, ha dimostrato che i cittadini avezzi a punizioni più leggere non ne sono impressionati meno di coloro che, invece, vedono loro comminati i castighi più severi. Anzi, l'atrocità delle sanzioni indurisce gli animi, allontana con l'abitudine il sentimento della pietà, seme fecondo di virtù sociali, inasprisce i costumi e, alla fine, accresce – anziché diminuire – il numero dei reati. Quello che conta veramente è che «nemo meritus, unquam evadat. ... Quando Cives pro certo habeant se criminum poenas haud esse evasuros; haec persuasio magis eos a delinquendo retrahet, quam deterrebit atrocitas, crudelitasque poenarum» (*ibidem*, Caput IV, §§ V-VI, pp. 60-63). Sotto questo profilo, dunque, il giurista pontificio non si discosta dalle dottrine di Beccaria, il quale aveva sostenuto nel *Dei delitti e delle pene* che «Uno dei più gran freni dei delitti non è la crudeltà delle pene, ma l'infallibilità di esse ... La certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre una maggiore impressione che non il timore di un altro più terribile, unito colla speranza dell'impunità; perché i mali, anche minimi, quando son certi, spaventano sempre gli animi umani, e la speranza, dono celeste, che sovente ci tien luogo di tutto, ne allontana sempre l'idea dei maggiori, massimamente quando l'impunità, che l'avarizia e la debolezza spesso accordano, ne aumenti la forza ... Perché una pena ottenga il suo effetto basta che il male della pena ecceda il bene che nasce dal delitto, e in questo eccesso di male deve essere calcolata l'infallibilità della pena e la perdita del bene che il delitto produrrebbe» (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XXVII, pp. 59-60).

[26] C.-L. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Chronologie, introduction, bibliographie par V. GOLDSCHMIDT, Paris 1979, Liv. VI, Chap. XII, pp. 212-213: «L'imagination se fait à cette grande peine, comme elle s'était faite à la moindre; et, comme on diminue la crainte pour celle-ci, l'on est bientôt forcé d'établir l'autre dans tous les cas ... Qu'on examine la cause de tous les relâchements; on verra qu'elle vient de l'impunité des crimes, et non pas de la modération des peines ... Et si vous en voyez d'autres [pays] où les hommes ne sont retenus que par des supplices cruels, comptez encore que cela vient, en grande partie, de la violence du gouvernement, qui a employé ces supplices pour des fautes légères».

[27] F.M. RENAZZI, *Elementa juris criminalis*, cit., Liber II, Caput IV, § V, pp. 61-62: «mitibus poenis, ubi vigent, eadem vis inest averruncandi delicta, quam alibi habent atrociora supplicia; compertumque est experientia animos Civium, qui levibus poenis sunt assueti, sic eis commoveri, ut gravioribus coercitionibus percelluntur, qui easdem jugiter inferri

D'altra parte, l'applicazione della dottrina proporzionalistica implica una preventiva classificazione dei crimini secondo un ordine gerarchico stabilito sulla base del bene giuridico minacciato o leso; successivamente, occorre individuare una serie di parametri di quantificazione della gravità del reato e della pena corrispondente. E qui si scopre il vero Renazzi, 'traghettatore', per certi aspetti volutamente ambiguo, della tradizione giuspolitica d'antico regime in piena età moderna; qui si svela il suo obiettivo: fornire un aggiornamento, ma non una sovversione, della giurisprudenza criminale dello *ius commune*, nell'immutato quadro socio-costituzionale di una monarchia assoluta di stampo paternalistico e di tradizione cattolica, che legittimi ancora la criminalizzazione dei reati contro la religione accanto e prima di quelli contro i buoni costumi, la tranquillità pubblica e la sicurezza dei sudditi.

Certo, la stessa classificazione dei delitti era già stata delineata nel Libro XII, Cap. IV dell'opera *De l'esprit des loix*[28]; sennonché, secondo Montesquieu, per corrispondere alla natura del reato la punizione per l'offesa recata a Dio può essere soltanto quella comminata direttamente dalla stessa divinità, consistente nella privazione dei vantaggi derivanti dall'appartenenza alla comunità dei credenti; in definitiva, quindi, può trattarsi esclusivamente di pene canoniche spirituali[29]. Al contrario, per il criminalista romano

intuentur ... Tandem atrocitas ipsa Legum impedit, quin eae jugiter exequutione tradentur. Quando siquidem Poenae sunt nimis severae, tunc saepe oportet locum dare indulgentiae, et impunitati, qua publicae saluti nihil infestius, nihil est exitialius».

[28] «Il y a quatre sortes de crimes. Ceux de la première espèce choquent la religion; ceux de la seconde, les moeurs; ceux de la troisième, la tranquillité; ceux de la quatrième, la sûreté des citoyens. Les peines, que l'on inflige, doivent dériver de la nature de chacune de ces espèces»; C.-L. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, cit., Liv. XII, Chap. IV, p. 329. Renazzi riconosce espressamente il primato «eo perspicacissimo Viro, qui de Legibus hoc aetate prior est ausus philosophari; (*Montesqu. Esp. des Loix Liv. XII. chap. A*)»; cfr. F.M. RENAZZI, *Elementa juris criminalis*, cit., Liber I, Caput XV, § I, p. 234. E con un'esplicita adesione a questa parte delle dottrine del Bordolese egli chiuderà nel Caput IV del Liber II il suo dialogo con lui: «Recte concludit *Montesquieu* (*Espr. des Loix Liv. XII. Chap. IV.*) civilem libertatem vel maxime florere, quum Legibus poenae sanciuntur ab ipsa criminum natura desumptae»; *ibidem*, § XVII, p. 87.

[29] Cfr. C.-L. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, cit., pp. 329-330. «In tal modo la tesi pufendorfiana e thomasiana che la legge deve perseguire solo le azioni esterne – tesi che Montesquieu riprende – viene rafforzata da un'argomentazione nuova (nuova nella applicazione al presente problema); e, al contempo, è indebolita perché subordinata alla clausola che essa vale solo se e fintantoché si presupponga o si constati che il fine dello Stato è la libertà»; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 452. Oltre tutto, essa vale solo per il cosiddetto 'sacrilegio semplice', e non anche per l'eresia e la magia, che sono collocate nella quarta classe di reati perché turbano l'ordine e la sicurezza

soltanto il timore di ulteriori sanzioni civili può scoraggiare i sacrileghi dal commettere nuovi reati[30].

In questo contesto sociale e giuridico dominato da una monarchia tutrice il cui regista rimane comunque Dio, non mancano però delle aperture 'laiche', come nel caso eclatante della stregoneria, che Renazzi colloca sì ancora tra i reati contro la religione, ma che subito ridimensiona in una prospettiva chiaramente illuministica: precisa infatti il criminalista che, quando sotto il nome di magia vengano accusati in realtà altri delitti, come la superstizione, la truffa o il veneficio, ai colpevoli devono essere inflitte

pubblica e perché si manifestano con azioni esterne. In sostanza, «Montesquieu è ben lontano dal patrocinare, anche per lo Stato che assume per fine la libertà, quella politica del diritto, di tolleranza religiosa e di illuminata rinuncia allo sfruttamento politico della superstizione, che, già implicita nelle tesi dei volontaristi (Hobbes, Pufendorf, Thomasius), avrebbe trovato in Francia un campione nel Voltaire degli anni maturi. Montesquieu, ammettendo come necessaria la repressione di magia ed eresia, si limita a volerla circospetta»; *ibidem*, p. 456. Cfr. C.-L. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, cit., Liv. XII, Chap. V, p. 333: «Je n'ai point dit ici qu'il ne fallait point punir l'hérésie; je dis qu'il faut être très circonspect à la punir».

30 «Tanti aliquando solent esse momenti, ut non iis tantum coercenda sint poenis, quas Sacrilegi facile spernerent, nisi aliarum quoque poenarum metus eisdem incutiatur»; F.M. RENAZZI, *Elementa juris criminalis*, cit., Liber II, Caput XIII, cit., § XVII, p. 86. La logica sottesa alla condanna dei reati contro la religione e la loro stessa classificazione (vi sono ricompresi i crimini di blasfemia, spergiuro, apostasia, eresia, scisma, sortilegio, simonia, usura) risultano in Renazzi chiaramente differenti rispetto all'autore dell'opera *De l'esprit des lois*. In realtà, il criminalista romano colloca nella prima classe quei reati che la dottrina d'antico regime qualificava come di *laesa maiestas divina*. «Si tratta – sostiene Mario Sbriccoli – di uno dei due 'massimi sistemi' di tutto l'insieme tecnico-politico che fa capo alla lesa maestà, rappresentandone tra l'altro – secondo le ricorrenti affermazioni dei giuristi – il primo e più importante momento: «cum longe gravius sit aeternam quam temporalem offendere maiestatem». *Maiestas divina* e *ordo religionis* sono infatti elementi cardinali dell'intero quadro ideologico nel quale si colloca il sistema di potere e la loro difesa coincide direttamente con la difesa dello Stato. Nel «superbo pensiero di punir l'uomo per proteggere la divinità» (così si esprime F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, VI, Prato 1883, p. 415, § 3230), si nasconde in realtà una concezione integralistica della società e del potere (sarebbe meglio dire totalitaria), che suggerisce piuttosto di punire il dissidente per proteggere lo Stato, anche se questa dissidenza si pone su di un terreno diverso da quello strettamente politico e verte su questioni di fede e di organizzazione religiosa»; M. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano 1974, pp. 346-348. È interessante notare, però, come Renazzi collochi anche l'usura in questa prima classe di reati contro la religione, mentre ordinariamente essa veniva fatta rientrare nella specie dei «reati connessi alla politica economica degli Stati», insieme ad altri delitti come il falso nummario o la frode annonaria, che il giurista romano pone invece nella terza classe dei crimini contro la tranquillità pubblica (*ibidem*, pp. 342, 355).

le pene corrispondenti a tali crimini, lasciando che «certe fantasie vengano meglio curate dai medici piuttosto che dagli Inquisitori»[31]. A ben vedere, l'autore, inserendosi a pieno titolo – accanto a personaggi illustri come Lodovico Antonio Muratori, Girolamo Tartarotti, Scipione Maffei[32] – tra i protagonisti italiani del dibattito settecentesco sul «valore e calcolo della ragione»[33] in tema di 'arte magica', sembra voler compiere un'opera di demistificazione del fenomeno 'stregoneria' fondata proprio sui nuovi criteri utilitaristici di matrice illuministica: il suo discorso, dai toni volutamente ambigui, consente infatti di leggervi tra le righe la conclusione che non esiste la magia perché non è riscontrabile un danno da essa oggettivamente e direttamente derivante alla società civile. Pertanto, non vi sarebbe un'utilità nel punire azioni semplicemente superstiziose, a meno che queste non configurino reati diversi ricompresi nelle altre tre classi di delitti.

Dunque, in linea generale, l'identificazione e quantificazione della pena avviene, secondo Renazzi, in ragione del valore dell'oggetto o dell'interesse

[31] «Nullo autem horum, similiumque criminum extante, quod mereat pro communi exemplo puniri, caute admodum cum iis, qui fortasse de magiae crimine accusarentur, procul dubio erit agendum; ne justa illorum reprehensio incurratur, qui idem crimen extare mordicus impugnant, deque ipso accusatos, nisi de impio eorum animo, noxiisque factis liquido constet, contendunt Medicis potius tradendos, ut dieta helleboroque curentur; quam carnifici, ut igne misere crudeliterque exurantur. Ac re quidem vera inficias iri nemo potest eos, qui magna vi pollent phantasiae, ut foeminae potissimum, rustici, robustior vulgus, sibi facile persuadere, se quae nunquam fecerant, nec facere poterant, maleficia patrasse»; F.M. RENAZZI, *Elementa juris criminalis*, cit., Liber IV, Pars I, Caput VI, § VI, pp. 61-62.

[32] Ne ricorda, infatti, le opere: dal celebre *Congresso notturno della Lammie* (Rovereto 1749) del Tartarotti alla risposta ad esso condotta dal Maffei nell'*Arte magica dileguata* (Verona 1749), a cui poi Renazzi affianca, nell'edizione senese del 1794 degli *Elementa juris criminalis*, anche un proprio studio, edito a Venezia nel 1792 ed intitolato *De sortilegio et magia liber singularis*.

[33] Su cui si veda: F. VENTURI, *Settecento riformatore*, I: *Da Muratori a Beccaria*, Torino 1969, pp. 355-410; L. PARINETTO, *Magia e ragione. Una polemica sulle streghe in Italia intorno al 1750*, Firenze 1974; di particolare interesse è poi il volume *Girolamo Tartarotti (1706-1761). Un intellettuale roveretano nella cultura europea del Settecento*, Atti del Convegno dell'Accademia Roveretana degli Agiati, Rovereto 12-14 ottobre 1995, a.a. CCXLVI (1996), ser. VII, vol. VI, A, Classe di Scienze umane, Lettere ed Arti, Rovereto 1997, in cui si segnalano i contributi di G.P. ROMAGNANI, *Girolamo Tartarotti, Lodovico Antonio Muratori e il «Tiranno delle Lettere»*, pp. 179-186; M.R. DI SIMONE, *La stregoneria nella cultura giuridica del Settecento italiano*, pp. 235-253 (in particolare, su Renazzi, pp. 250-251); G. DALL'OLIO, *L'immagine dell'Inquisizione romana nel 'Congresso notturno delle Lammie'*, pp. 289-317. Da ultimo, si veda inoltre D. QUAGLIONI, *Tradizione criminalistica e riforme nel Settecento. Il 'Congresso notturno delle Lammie' di Girolamo Tartarotti (1749)*, in F. LIOTTA (ed), *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, Bologna 1999, VII, pp. 253-275.

leso e dell'opportunità di una sua tutela sociale e giuridica; con tale criterio, però, se ne compone poi un altro, apertamente confliggente con i nuovi principi dell'Illuminismo penale: la condizione del reo.

Renazzi ne parla a lungo nei suoi *Elementa juris criminalis*, sostenendo innanzi tutto che ciascun individuo manifesta un'inclinazione a delinquere direttamente commisurabile al genere di vita che conduce, ai beni di cui dispone e all'attività che lo occupa; di conseguenza, allo *status* di ogni soggetto – e quindi alla sua classe sociale – corrisponderanno specifici delitti, che il criminalista ritiene addirittura «propri, peculiari dell'ordine o ceto» di appartenenza[34]. A questi ultimi, però, dovranno corrispondere non diversi tipi (o qualità) di punizioni, bensì una differente quantificazione della medesima pena. Del resto – sostiene con fermezza Renazzi – è la stessa *ratio* dell'uguaglianza, arbitra nell'inflizione delle sanzioni penali, che legittima e riconosce come necessario un profilo di disuguaglianza nell'esecuzione della condanna[35], giacché, come insegnato da Matthes[36], i servi

[34] F.M. RENAZZI, *Elementa juris criminalis*, cit., Liber I, Caput XIV, § III, p. 223 nota 1: «Quumque praeterea alii aliud vitae genus, conditionemque in Civitate sequantur; hinc est, quod alii, atque alii coetus sint, sive ordines, in quos veluti in classes Cives fere omnes dispertiuntur. Jamvero cum quisque ratione muneris, exercitii, vitae generis, quod sequitur delinquere possit; proinde singulis personis, qua alicujus conditionis, ordinis, coetus propria sunt quaedam, et peculiaria delicta».

[35] *Ibidem*, Liber II, Caput V, § XIX, p. 120 nota 1: «Quamquam enim diversae Delinquentium conditionis ratio aliqua sit habenda; id tamen non eo usque protrahi debet, ut praeter aequitatem durissime cum humilioribus, leniter cum honestioribus personis agatur. Verumtamen ipsa ratio aequalitatis, quae debet in poenis dominari, exigit ut in eodem genere poenae inaequalis poena pro diversa Reorum conditione irrogetur, ne contra gravissima sit nobili, puta, quae plebejo foret levissima poena. Sic demum conciliari commode possunt variae quorumdam recentiorum Scriptorum sententiae, de quibus V. *Auctor. del Dritto di Punire lib. 3. Cap. 5. §. 1. Napoli 1772*». L'autore, non nominato, di quella che altrove Renazzi definisce «piccola fatica» («Opella»: F.M. RENAZZI, *Elementa juris criminalis*, cit., Liber II, Caput III, § IV, p. 37 nota 1) è Antonio Silla. Cfr. G. MELZI, *Dizionario di opere anonime e pseudonime di scrittori italiani o come che sia aventi relazione all'Italia*, I, Milano MDCCCXLVIII, p. 306. Una copia dell'edizione partenopea del 1772 de *Il dritto di punire o sia Risposta al Trattato de' Delitti, e delle Pene del Signor Marchese di Beccaria. Divisa in tre Libri* è conservata presso l'Istituto di Storia del Diritto Italiano della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Statale di Milano (67. III. E. 73). Su Antonio Silla abruzzese, si vedano: C. MINIERI RICCIO, *Memorie storiche degli scrittori nati nel Regno di Napoli*, Napoli 1844, p. 330; A.M. RAO, *«Delle virtù e de' premi»: la fortuna di Beccaria nel Regno di Napoli*, in *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa*, Convegno di studi per il 250° anniversario della nascita promosso dal Comune di Milano, Prolusioni di S. Romagnoli e G.D. Pisapia, Milano 1990, pp. 544 ss.

[36] A. MATTHES, *Commentarius ad lib. XLVII. et XLVIII. Dig. De Criminibus. Adiecta est brevis, et succinta iuris municipalis interpretatio. Editio prima ticinensis in duos tomos*

misurano la gravità delle pene in base al dolore fisico che esse importano, mentre i nobili valutano delle punizioni non il tormento corporale, bensì l'ulteriore e più dura sanzione dell'infamia, che di regola ricade sull'intera famiglia del condannato incorso in determinati supplizi (come tradizionalmente la morte sulla forca).

A ciò si aggiunge, poi, la convinzione che gli uomini di vile lignaggio più difficilmente possono essere emendati, e spesso inoltre sono assuefatti ai tormenti fisici al punto da non venirne per nulla impressionati. Così, ai nobili e alle persone rispettabili devono essere riservati castighi non infamanti, come la morte per decollazione, la relegazione, la custodia in luoghi fortificati, mentre al basso volgo (Renazzi parla, con una certa acredine, di «*faex plebis*») si confanno la forca, la condanna ai lavori forzati e il carcere[37].

distributa et adnotationibus aucta Thomae Nani JC. in Ticinensi Archigymnasio iuris criminalis antecessoris, Ticini, Sumptibus Ioannis Capelli et Balthasaris Comini, MDCCCIII, II, Lib. XLVIII Dig., Tit. XVIII, Cap. IV, n. 20, pp. 574-575: «Personarum quoque in infligendis poenis exactam rationem habere debet iudex ... Aliter enim puniuntur ex iisdem facinoribus servi, aliter liberi; hi nimirum lenius, illi durius ... Cuius rei ratio est ista; servi corporis cruciatu poenas aestimant, existimationis securi; ingenui vero ... animi, non corporis dolore poenarum modum aestimant. Itaque legislator prudens in sanciendis poenis medico similis est qui ... quanquam in adversa valetudine nihil servi ac liberi differant, mollius tamen liberos clementiusque tractat; itidem legislator, quanquam in sceleribus tam nocens est liber, quam servus, durior tamen in hunc est, quoniam difficilius emendatur. Non solum enim non animi dolore mancipia poenam aestimant, sed et adversus corporis cruciatus plerique obduruerunt ... Quapropter nequaquam probanda est Platonis sententia, qui civem gravius, quam servum puniri voluit; eo quod civi adfuerit institutio, servus ea caruerit. Quanquam enim institutionis intuitu gravius videatur peccare civis, quam servus; princeps tamen poenarum finis et scopus est emendatio; difficilius autem servi, quam liberi emendantur. Haec autem ratio ad liberos quoque homines extenditur, ut quoniam alii fortuna liberi, animo servi sunt; alii tam corpore, quam animo liberi, durius agatur cum iis, qui ingenio servili nati sunt, quoniam difficilius emendantur».

[37] F.M. Renazzi, *Elementa juris criminalis*, cit., Liber II, Caput VI, § III, p. 135. Trattando di morte sulla forca e di decollazione, Renazzi ricorda il costume penale del tempo, per cui la prima «in humilioris conditionis reos solum adhibetur» (*ibidem*, Caput VIII, § II, p. 148), mentre con il taglio della testa «nobiles solum, honestiorisque conditionis Rei afficiuntur» (*ibidem*, § III, p. 150). Quanto alla *relegatio*, gravando di incomodi o restringendo al contrario le comodità della vita, essa causa «*negativamente* un dolore» (A. Loreti, *Sinossi degli Elementi di Diritto Criminale dell'Avvocato Filippo Maria Renazzi*, I, cit., p. 131), che affligge il corpo concretizzandosi nella relegazione dei colpevoli (specificamente «honestissimae conditionis ..., praesertim nobiles») in un'isola o in un sito sorvegliato, o consistendo anche nell'interdizione ai condannati di una certa provincia o di un certo luogo (F.M. Renazzi, *Elementa juris criminalis*, cit., Caput X, § VI, pp. 166-167). Il carcere, infine, concepito dal diritto romano come mezzo di custodia e non di punizione del reo, viene imposto ormai, a tempo o in perpetuo, unicamente a scopo sanzionatorio, assegnando ai colpevoli di nobili condizioni una fortezza o una cella in un luogo munito (*ibidem*, § VII, p. 168).

L'insistenza sul tema fa ben supporre che il criminalista pontificio sia pienamente consapevole di porsi in aperto conflitto con le istanze democratiche di Beccaria, che poneva come misura delle pene non la sensibilità del reo, ma il pubblico danno, tanto maggiore quanto è provocato da chi è più favorito[38]. Ma, del resto, in quegli stessi anni Renazzi non è l'unico a far orecchie da mercante nei confronti dei progetti di riforma anti-cetuale contenuti nelle pagine del *Dei delitti e delle pene*: «la dissennata affermazione» di quella «testa calda milanese»[39] è accolta infatti dal gelo dell'*establishment* patrizio lombardo, che si mostra poi allarmato dinanzi all'intransigente egualitarismo di Giuseppe II, allorché l'imperatore tenta di imporre alla Lombardia un codice penale che applichi finalmente il principio dell'unicità del soggetto giuridico. Certo, per i senatori milanesi, così come per Renazzi, risultava più facile accettare l'idea di un ridimensionamento dell'arbitrio giudiziale nella concreta scelta e quantificazione della pena da comminare piuttosto che vedere di colpo scardinata l'ossatura portante della società d'antico regime, retta appunto da privilegi, ordini, *élites*, gruppi naturalmente deputati a governare e ceti altrettanto preordinati ad ubbidire. Del resto, Pietro Verri ricorda che il popolo stesso considerò un disastro la soppressione nel 1786, sempre ad opera di Giuseppe II, del Senato milanese, con la conseguente abolizione delle distinzioni e dei titoli di cui si erano fregiati i membri di quel collegio, e si arrivò addirittura al punto che la plebe stessa «fece eco alle querele dei curiali e dei togati, mal contenti d'aver perduto l'assoluto arbitrio sulla vita e le sostanze altrui»[40].

Quanto allo Stato pontificio, ove opera Filippo Renazzi, quello dell'unicità del soggetto giuridico si rivela, in realtà, un falso-problema, nel senso che ancora per molto tempo (gli ebrei saranno unificati soltanto nel 1848, con

[38] «A chi dicesse che la medesima pena data al nobile ed al plebeo non è realmente la stessa per la diversità dell'educazione, per l'infamia che spandesi su di un'illustre famiglia, risponderei che la sensibilità del reo non è la misura delle pene, ma il pubblico danno tanto maggiore, quanto è fatto da chi è più favorito; che l'uguaglianza delle pene non può essere che estrinseca, essendo realmente diversa in ciascun individuo; che l'infamia di una famiglia può essere tolta dal sovrano con dimostrazioni pubbliche di benevolenza all'innocente famiglia del reo. E chi non sa che le sensibili formalità tengon luogo di ragioni al credulo ed ammiratore popolo?» (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XXI, pp. 51-52).

[39] A. CAVANNA, *La giustizia penale nella Milano del Settecento (Un'occasione di riflessione sulla preistoria dei diritti dell'uomo)*, in «Rivista internazionale dei diritti dell'uomo», 2, 1989, 1, p. 10; riflessioni analoghe si leggono in A. CAVANNA, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano 1975, pp. 49 ss.

[40] P. VERRI, *Memoria cronologica dei cambiamenti pubblici dello Stato di Milano, 1750-1791*, in *Lettere e scritti inediti di Pietro e Alessandro Verri*, annotati e pubblicati da C. Casati, IV, Milano, Galli, 1881, pp. 368-369.

l'abbattimento delle mura del ghetto) a tale principio verrà disconosciuto un ruolo determinante nel processo di modernizzazione della società civile e politica e del suo diritto penale; al contrario, anzi, esso verrà valutato come il più pericoloso elemento di destabilizzazione dello Stato, che proprio attraverso i ceti e le corporazioni era riuscito a produrre per secoli efficaci meccanismi di controllo e di contenimento dell'assolutismo monarchico.

Spielräume religiöser Toleranz

Blasphemie im frühneuzeitlichen Zürich

von *Francisca Loetz*

«Das Wunder der Natur, das überweise Tier
Hat nichts, das seiner Zungen sei zu gleichen.
Ein wildes Vieh entdeckt mit stummen Zeichen,
Des innern Herzens Sinn: durch Reden herrschen wir!
...
Die Macht, die wildes Volk zu Sitten hat gezwungen,
Des Menschen Leben selbst beruht auf seiner Zungen.
Doch nichts, das ist so scharf, als eine Zunge sei!
Nichts, das so tief uns Arme stürzen könne.
Oh, daß der Himmel stumm zu werden möchte,
Dem, der mit Worten frech, mit Reden viel zu frei
...
Lernt, die ihr lebt, den Zaum in eure Lippen legen!
...
Dein Leben, Mensch, und Tod halt stets auf deiner Zungen»[1].

Dieses Chorlied aus einer Tragödie von Andreas Gryphius ist ein prägnanter Ausdruck dessen, was man mit dem Germanisten Ralf Bogner als das «lingua Problem» der Frühen Neuzeit bezeichnen kann. Gemeint sind die zeitgenössischen Debatten über die Frage, welche Worte ein gottgefälliger Mensch und gehorsamer Untertan auf der Zunge führen solle oder nicht. Der theologischen Erbauungsliteratur und den Mandaten zufolge überschritten die Menschen vielfach die Grenzen des Tolerierbaren: es wurde gelästert, gelogen, geheuchelt, beleidigt, usw.[2]. Angesichts dieser

[1] Chorlied, Abschluß des ersten Akts aus der Tragödie *Leo Arminius* (1650) des Andreas Gryphius. Zitat nach: R.G. BOGNER, *Die Bezähmung der Zunge, Literatur und Disziplinierung der Alltagskommunikation in der frühen Neuzeit*, Tübingen 1997, S. 31 f.

[2] Zur Moralisierung der ungehörigen Rede im theologischen und juristischem Diskurs vgl. G. SCHWERHOFF, *Blasphemie vor den Schranken städtischer Justiz. Basel, Köln, Nürnberg im Vergleich (14.-17. Jahrhundert)*, in «Ius Commune», 25, 1998, S. 39-120; DERS., *Gott und die Welt herausfordern. Theologische Konstruktion, rechtliche Bekämpfung und soziale Praxis der Blasphemie vom 13. bis zum Beginn des 17. Jahrhunderts*, Habilitationsmanuskript Universität Bielefeld, 1996, S. 17-80, S. 132-227; DERS., *Blasphemare, dehosnestare et maledicere. Über die Verletzung der göttlichen Ehre im Spätmittelater*, in K. SCHREINER - G. SCHWERHOFF (edd),

Sprachkritik ist es nicht verwunderlich, daß Bogner die These von einem Eliasschen Prozeß verbaler Zivilisierung vertritt[3]. Pastoraltheologische Schriften, Exempelliteratur, Katechismen, Predigten, Flugschriften, Ordensregeln und Mandate hätten Fremdzwang auf die Sprecher der Frühen Neuzeit ausgeübt und damit einen «maßgeblichen Anteil» am Prozeß sprachlicher Akkulturation aller sozialer Schichten durch die geistlichen und weltlichen Eliten gehabt[4]. Unter Androhung furchteinflößender Strafen habe die Bevölkerung diesen Druck derart internalisiert, daß bestimmte Ausdrücke tabuisiert und aus dem Sprachgebrauch verbannt worden seien. Ein rechtschaffener Bürger des 18. Jahrhunderts, so muß man wohl Bogner verstehen, habe nicht mehr so grobschlächtig dahergeredet wie einer des 16.

So einleuchtend Bogners These klingt, sie bleibt an der Sprachpraxis zu überprüfen. Dabei ist die Frage, inwiefern Menschen ihre verbalen Äußerungen nach den moralischen Verhaltensanweisungen ausrichteten, für die Frühe Neuzeit besonders brisant, denn persönliche, familiäre oder korporative Ehre war ein außerordentlich wertvolles Gut. Ein gewagtes Wort wurde daher schnell als Angriff empfunden und löste entsprechende

Verletzte Ehre. Ehrkonflikte in Gesellschaften des Mittelalters und der frühen Neuzeit, Köln - Weimar - Wien 1995, S. 252-278. Gegen das Führen einer zu lockeren Zunge wenden sich vielfach die polizeigesetzlichen Regelungen der Frühen Neuzeit. Vgl. K. HÄRTER - M. STOLLEIS (edd), *Repertorium der Policeyordnungen der Frühen Neuzeit*, Bd. 1: K. HÄRTER (ed), *Deutsches Reich und geistliche Kurfürstentümer (Kurzmainz, Kurköln, Kurtrier)*, Frankfurt a.M. 1996; Bd. 2: Th. SIMON (ed), *Brandenburg/Preußen mit Nebenterritorien (Kleve-Mark, Magdeburg und Halberstadt)*, Frankfurt a.M. 1998; Bd. 3: L. SCHILLING - G. SCHUCK (edd), *Wittelsbachische Territorien (Kurpfalz, Bayern, Pfalz-Neuburg, Pfalz-Sulzbach, Jülich-Berg, Pfalz-Zweibrücken)*, Frankfurt a.M. 1999. Zum Problem der Normdurchsetzung mittels Polizeigesetzgebung auf italienisch greifbar: K. HÄRTER, *Disciplinamento sociale e ordinanze di polizia nella priva età moderna*, in P. PRODI (ed), *Disciplina dell'anima, discplina del corpo e disciplina della società tra medievo ed età moderna* (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Quaderni, 40), Bologna 1994, S. 635-658

[3] Unter deutschen Sozialhistorikern wird hingegen das Modell der Zivilisierung nach Norbert Elias bzw. Gerhard Oestreich zunehmend in Zweifel gezogen. Dezidierte Kritik an Elias üben u.a. M. DINGES, *Formenwandel der Gewalt in der Neuzeit. Zur Kritik der Zivilisationstheorie von Norbert Elias*, in R.P. SIEFERLE - H. BREUNINGER (edd), *Kulturen der Gewalt. Ritualisierung und Symbolisierung von Gewalt in der Geschichte*, Frankfurt a.M. - New York, 1998, S. 171-194; H.R. SCHMIDT, *Sozialdisziplinierung? Plädoyer für das Ende des Etatismus in der Konfessionalisierungsforschung*, in «Historische Zeitschrift», 265, 1997, S. 639-682; G. SCHWERHOFF, *Zivilisationsprozeß und Geschichtswissenschaft. Norbert Elias' Forschungsparadigma in historischer Sicht*, in «Historische Zeitschrift», 266, 1998, S. 561-605.

[4] Vgl. R.G. BOGNER, *Bezähmung der Zunge*, S. XI, 22.

Reaktionen aus[5]. Angesichts des hohen Stellenwerts von Ehre liegt die Vermutung nahe, daß Verletzungen der Ehre Gottes, Blasphemien, in einer religiös geprägten Epoche wie der Frühen Neuzeit nicht geduldet wurden. Ob bzw. inwiefern dies tatsächlich zutrifft, ist die Frage, anhand derer ich die religiösen, intellektuellen und verbalen Handlungsoptionen der Sprecher analysiere.

Wie aber lassen sich die verbalen Verhaltensentscheidungen im Alltag der Frühen Neuzeit einschätzen, nach welchen Kriterien läßt sich die Normierung sprachlichen Handelns erfassen? Die Antwort ist eine zweifache. Einerseits weist die Verfolgung der Delikte auf die verbalen Toleranzmargen hin. Andererseits dokumentieren die Aussagen der Zeugen die Handlungskontexte, in denen verbale Normen verletzt wurden, und halten somit fest, welche Worte von den Sprechern mit welchen Wirkungen auf die Hörer benutzt wurden[6].

Dieser Ansatz läßt sich am Beispiel der Gotteslästerung konkretisieren. Für die Frühe Neuzeit war der illegitime Verweis auf Gott – zumindest der christlichen Dogmatik nach – ein schwerer Verstoß. Gerade deswegen eignet sich das Delikt der Blasphemie als Indikator für religiöse Toleranz: Welche Worte mußten gefallen sein, bis jemand als Blasphemiker zurechtgewiesen wurde? Freilich decken gerichtliche Verurteilungen nur eine Facette der Problematik auf. Sie belegen die Strafpraxis. Um den Weg bis zum Richterspruch zu verfolgen, d.h. um die Schwelle zu bestimmen, ab der ein blasphemisches Vergehen nicht mehr vom sozialen Umfeld des Täters toleriert wurde, bedarf es weiterer aussagekräftiger Dokumente. Im Falle des

[5] Die Literatur über die Bedeutung der Ehre für die Frühe Neuzeit ist in den letzten Jahren stark angeschwollen. Daher seien allein zwei neuere Veröffentlichungen genannt, die den aktuellen (überwiegend deutschen) Forschungsstand zusammentragen und die eigenen Thesen an empirischen Beispielen veranschaulichen: R.P. FUCHS, *Um die Ehre. Westfälische Beleidigungsprozesse vor dem Reichskammergericht (1525-1805)*, Paderborn 1999; K. SCHREINER, *Verletzte Ehre. Ritualisierte Formen sozialer, politischer und rechtlicher Entehrung im späten Mittelalter und beginnender Neuzeit*, in D. WILLOWEIT (ed), *Die Entstehung des öffentlichen Strafrechts, Bestandsaufnahme eines europäischen Forschungsproblems*, Köln - Weimar - Wien 1999, S. 263-320.

[6] Dieser Ansatz geht vom sprachphilosophischen Standpunkt aus, daß jegliche sprachliche Äußerung ein Handeln mit Worten ist, das auf verschiedenen zugleich expliziten und impliziten Ebenen ansetzt. Daß Zeugenaussagen vor Vertretern des Gerichts mit besonderer Vorsicht zu entschlüsseln sind, versteht sich von selbst. Zu den diesbezüglichen methodischen Überlegungen vgl. F. LOETZ, *Über Gott handeln. Das Delikt der Gotteslästerung im Kommunalstaat Zürich (16. bis 18. Jahrhundert)*, Habilitationsschrift Universität Heidelberg, 1999, Kap. I.3c.

Territorialstaates Zürichs sind sie reichlich überliefert[7]. Die *Kundschaften und Nachgänge*, Gerichtsprotokolle von Angeklagten und Zeugen, umfassen insgesamt einen Bestand von schätzungsweise 70.000 Folioseiten, setzen 1498 ein und erstrecken sich lückenlos bis 1798. Davon betreffen 2 bis 3% Formen der Blasphemie. Diesen Beständen ist es zu verdanken, daß sich für Zürich die Praktiken der Blasphemie genauer untersuchen lassen[8].

1. *Die strafrechtliche Verfolgung von Gotteslästerern: Norm und Praxis*

Im modernen Verständnis setzen strafrechtliche Sanktionen juristisch klare Kategorisierungen des verfolgten Delikts voraus. Gerade das Delikt der Gotteslästerung zeigt, wie anachronistisch es wäre, von dieser Annahme auszugehen, um die frühneuzeitliche Justizpraxis zu beurteilen. Bevor eine derartige Einschätzung erfolgen kann, ist vielmehr die Deliktkategorie Blasphemie zu klären.

Die Christenheit hat lange Zeit ohne systematische Definition von Gotteslästerung gelebt. Erst Theologen des Hochmittelalters nahmen sich dieses Umstands an. Ihre Nachfolger arbeiteten an der juristisch-theologischen Konzeptionalisierung von Blasphemie weiter. Zu Beginn der Frühen Neuzeit wurden im Schrifttum drei Grundformen von Blasphemie unterschieden: der Fluch, der Schwur, und die Schmähung Gottes[9]. Vereinfacht zusammengefaßt, beschreiben die jeweiligen Autoren Gotteslästerung als verbale Normübertretung, durch die im Sinne des zweiten alttestamentarischen Gebots der Name Gottes mißbraucht wird. Darunter fiel nach zeitgenössischen Kriterien der Schwur. Er bestand in der illegitimen Anrufung Gottes. Die legitime Redewendung «so wahr mir Gott helfe» etwa wurde dann zum blasphemischen Schwur, wenn die Sprecher durch die Anrufung Gottes bekräftigten, die Wahrheit zu sagen, tatsächlich aber logen. Das Fluchen galt als eine andere Form, Gottes Ehre zu verletzten. Keinem Menschen stände es zu, Übel auf sich selbst oder eine andere Person herabzuzwingen und jemanden beispielsweise zum Teufel zu wünschen.

[7] Wenn nicht anders vermerkt, beziehen sich die folgenden Verweise auf die Quellenbestände des Zürcher Staatsarchivs (künftig ZStA).

[8] Zur eingehenden Diskussion der Zürcher Quellen vgl. F. LOETZ, *Über Gott handeln*, Kap. I.4b.

[9] Folgende Ausführungen fassen zusammen, was Carla Cassagrande und Silvana Mecchio für das Hochmittelalter sowie Gerd Schwerhoff für das Spätmittelalter und die Frühe Neuzeit erarbeitet haben. Vgl. C. CASAGRANDE - S. VECCHIO, *Les péchés de la langue*, Paris 1991; G. SCHWERHOF, *Gott und die Welt*, S. 17-227.

Allein Gott lenke die Welt. Die dritte Variante, die Majestät Gottes zu beleidigen, bestand in der Schmähung Gottes. Für die Theologen beruhte sie auf einer dogmatisch unzutreffenden Aussage über Gott, wobei die Gelehrten hierbei wieder zwischen drei weiteren Subkategorien (*species*) unterschieden.

Wie dieser knappe Überblick über den juristisch-theologischen Begriff der Gotteslästerung zeigt, verfügten die frühneuzeitlichen Sittenwächter theoretisch durchaus über relativ klare Kategorisierungen. Aber die Theorie hatte in Zürich wie andernorts nur wenig mit der Praxis zu tun[10]. Diejenigen, die über Gotteslästerer zu richten hatten, zumeist die Mitglieder des Rats, kümmerten sich nicht um das konzeptionelle Angebot der Gelehrten. Möglicherweise liegt dies daran, daß die Zürcher Ratsleute keine ausgebildete Juristen waren und kodifizierte Gesetzestexte ohnehin nicht zur Verfügung standen[11]. Doch dies kann nicht der ausschlaggebende Grund gewesen sein. Denn auch die Pfarrer, die eine universitäre Ausbildung erfahren hatten, verzichteten als Mitglieder der kirchlichen Sittengerichte auf die Kategorien des theologischen Schrifttums. Allein in ihren offiziösen Gutachten, die sie auf Antrag des Rats zur Beurteilung einzelner Gotteslästerer anfertigten und die rein empfehlenden Charakter besaßen, griffen sie auf die theologischen Klassifizierungen mittelalterlichen Ursprungs zurück[12]. In der Urteilspraxis benutzten die weltlichen wie auch die kirchlichen Instanzen die Ausdrücke schwören, fluchen und Gott schmähen als synonyme Bezeichnungen. Wie sehr für sie diese Termini miteinander verschmolzen, verdeutlicht der Umstand, daß sie häufig pauschalisierende Umschreibungen wie «lästerliche Worte getan, Gott ehrverletzlich ange-

[10] Die Praxis der Gotteslästerung ist ein wenig erforschtes Feld. Daher kann die neueste Überblicksdarstellung nicht mehr als Impressionen vereinzelter, punktueller Einzeluntersuchungen zusammentragen. Vgl. A. CABANTOUS, *Histoire du blasphème en Occident XVIe - XIXe siècle*, Paris 1998. Als einschlägige Einzelstudien vgl. E. LABOUVIE, *Verwünschen und Verfluchen. Formen der verbalen Konfliktregelung in der ländlichen Gesellschaft der Frühen Neuzeit*, in P. BLICKLE - A. HOLENSTEIN (edd), *Der Fluch und der Eid. Die metaphysische Begründung gesellschaftlichen Zusammenlebens und politischer Ordnung in der ständischen Gesellschaft*, Berlin 1993, S. 121-145; H.R. SCHMIDT, *Die Ächtung des Fluchens durch reformierte Sittengerichte*, in P. BLICKLE - A. HOLENSTEIN (edd), *Der Fluch und der Eid*, S. 65-120; P. BURKE, *Beleidigung und Gotteslästerung im frühneuzeitlichen Italien*, in P. BURKE (ed), *Städtische Kultur in Italien zwischen Hochrenaissance und Barock. Eine historische Anthropologie*, Berlin 1986, S. 96-110, 205-206.

[11] Zu Verwaltung und Recht in Zürich vgl. T. WIEBEL, *Der zürcherische Stadtstaat*, in N. FLÜELER - M. FLÜELER-GRAUWILER (edd), *Geschichte des Kantons Zürich*, Bd. 2, Zürich 1996, S. 16-65.

[12] Zur Problematik der Synodalgutachten vgl. F. LOETZ, *Über Gott handeln*, Kap. I.4b.

griffen» wählten[13]. Die offene Rechtsterminologie der Zürcher Justiz erlaubt es also nicht, die erfaßten blasphemischen Vergehen entlang ihrer rechtlichen Beschreibung in den Quellen zu differenzieren und mit jeweiligen Strafsätzen zu korrelieren[14].

Wenn auch die Verantwortlichen in Zürich keine explizite juristische Kategorisierung von Blasphemie vornahmen, so sorgten sie doch für gesetzliche Bestimmungen. Blasphemie war bereits im Spätmittelalter zum Gegenstand gesetzlicher Regelungen geworden. Die frühneuzeitlichen Mandate knüpften an die Schwörmandate des 14. und 15. Jahrhunderts an[15]. Die Reformation brachte bezüglich des offenen Gotteslästerungsbegriffs keine konzeptionellen Änderungen. Doch setzte mit der Reformation eine relative Intensivierung der Gesetzgebung ein. Sie fußte auf dem sogenannten *Großen Bußmandat* von 1530/32. Die grundlegende Ordnung führte zwei auffällige Neuerungen ein: Nunmehr gehörte die Meldung von Gotteslästerern zur Aufgabe von Amtspersonen. Außerdem wurden die Zeugen blasphemischer Vergehen gesetzlich angehalten, von den Tabubrechern entweder umgehend den «Herdfall»[16] oder die Zahlung einer bestimmten Geldbuße an die Armenkasse einzufordern. Verweigerte sich der Übeltäter oder die Übeltäterin – die Mandate sprachen explizit von den üblen Redegewohnheiten beider Geschlechter –, war es Bürgerpflicht, ihn bzw. sie der Obrigkeit zu melden. Je nach Sachlage hätten die Schuldigen dann damit zu rechnen, daß sie «weiter an Leib, Leben, Ehre und Gut streng» gestraft würden[17].

[13] Gotteslästerung wurde nicht ausschließlich vom Rat oder dem Vogt bestraft. In Bagatellfällen verhängten auch die kirchlichen Sittengerichte Strafen. Die Akten des städtischen Sittengerichts sind jedoch nur mit großen Lücken für das 18. Jahrhundert erhalten. Sittengerichte der Zürcher Landschaft hat bislang allein Daniel Pünter behandelt. Vgl. D. PÜNTER, *«... ist ihnen deswägen nach nothurft ernstlich zuogesprochen worden». Sittenzucht und ihr Vollzug auf der Zürcher Landschaft 16.-18. Jahrhundert*, phil. Lizenziatsarbeit Universität Zürich, 1994. Für die reformierte Berner Landschaft hat Richard Schmidt eine grundlegende Studie vorgelegt. Vgl. H.R. SCHMIDT, *Dorf und Religion. Reformierte Sittenzucht in Berner Landgemeinden der Frühen Neuzeit*, Stuttgart - Jena - New York 1995.

[14] Deswegen auf eine Differenzierung zwischen Fluch, Schwur und Schmähung Gottes zu verzichten, wäre ein Fehlschluß. Die überlieferten Äußerungen lassen sich sehr wohl kategorisieren. Diese Kategorisierung kann sich jedoch nicht an der Terminologie der Justizakten orientieren, sondern beruht auf der Interpretation der Blasphemien als kontextgebundene Sprechhandlungen.

[15] Vgl. ZStA, *Stadtbücher*, 37, 164.

[16] Die Strafe bestand darin, auf die Knie zu gehen und den Boden zu küssen.

[17] Den Kenntnisstand zu den Zürcher Mandaten faßt zusammen C. SCHOTT, *Policey in der Schweiz. Das Beispiel Zürich*, in M. STOLLEIS - K. HÄRTER - L. SCHILLING (edd), *Policey*

Ein Blick auf die weitere Entwicklung der Gesetzgebung ist hier nicht notwendig. Festzuhalten bleibt lediglich, daß die Regelung von 1530/32 bis zum Ausgang des Ancien Régime im Wesentlichen unverändert blieb. Die weiteren Mandate spezifizierten lediglich die genannten Strafen. Fluchen, Schwören und Gott Schmähen wurden also unter dem allgemeinen Begriff der Gotteslästerung als Frevel gebrandmarkt, Amtspersonen und Untertanen zur Verfolgung von Gotteslästerern in die Pflicht genommen. Auf der normativen Ebene, so das erste Zwischenergebnis, besteht kein Zweifel: Götteslästerung wurde als schweres Vergehen erachtet, dem alle unnachgiebig zu begegnen hatten. Die Toleranz gegenüber Blasphemie sollte bei Null liegen.

Der Umsetzung dieser Vorschriften standen freilich verschiedene Hindernisse im Weg. Die Amtspersonen waren offenbar nicht sonderlich daran interessiert, blasphemischen Übeltätern nachzusetzen. Nur selten ging die gerichtliche Vorladung eines Gotteslästerers auf die Initiative eines Amtmanns oder eines Pfarrers zurück. Auf der einen Seite konnten die obrigkeitlichen Sittenwächter nicht überall, wo geflucht, geschworen und geschmäht wurde, zur Stelle sein. Vielleicht zügelte man in ihrer Anwesenheit seine Zunge. Auf der anderen Seite scheinen Ratsleute und Geistliche öfters mal blasphemische Äußerungen willentlich überhört zu haben. In den Justizakten fällt kein einziger Ratsmann oder Pfarrer auf, der sich als Jäger auf Gotteslästerer einen Namen gemacht hätte. Offenbar überwog das Interesse, mit den Untergebenen ein Auskommen zu finden, statt jedes Wort auf die Goldwaage zu legen. Hierfür finden sich durchaus Hinweise: Als zum Beispiel Hans Jagli Henßler von Rümlang 1648 angeklagt wurde, ausgerufen zu haben, «Er, Henßler, seÿe besser dann Gott, sittenmahls Er die Ewain (allso heist Kenßlers hußfrauw, die zimlicher maaßen scharpf) habe zur Ehe genommen, die doch Gott nie wöllen», nahm der Gemeindepfarrer Waser Henßler in Schutz. In seinem Bittschreiben gab Waser zu bedenken, daß dem Angeklagten «dißе wort zwar endtfallen, doch nitt im Zorn, vil weniger die Heilige Maÿestät Gottes in minsten und gringsten anzugrÿffen, sondern gantz unwüssender und unbedachtsamer wÿß»[18]. Der Pfarrer hielt es also für angebracht, den blasphemischen Ausfall Henßlers als verunglückten verbalen Ausrutscher darzustellen, statt ihn als unerträglichen Tabubruch zu markieren. Welche Gründe genau hinter dieser Haltung

im Europa der Frühen Neuzeit, Frankfurt a.M. 1996, S. 489-507. Zum *Großen Bußmandat* speziell vgl. P. ZIEGLER, *Zürcher Sittenmandate*, Zürich 1978. Eine genauere Darstellung der blasphemierelevanten Gesetzgebung erfolgt unter F. LOETZ, *Über Gott handeln*, Kap. II.1a.

[18] ZStA, A.27.87, Interzession Gemeindepfarrer Waser, 8.3.1648.

des Geistlichen standen, verraten die Quellen nicht. Das Beispiel belegt aber, daß die weltlichen und geistlichen Vertreter der Obrigkeit zwar das allgemeine Übel lästerlicher Rede anprangerten, in der Praxis aber ihrer Meldepflicht nicht aktiv nachgingen.

Trotzdem gelangten vom 16. bis 18. Jahrhundert viele, d.h. schätzungsweise um die zweitausend Gotteslästerer, vor den Rat. Die gerichtliche Vorladung hatten sie fast ausschließlich der Meldung von (männlichen) Mitbürgern zu verdanken[19]. Aus welchen Motiven diese eine Anzeige erstatteten, läßt sich anhand der Gerichtsakten aus mehreren Gründen nur schwer bestimmen: Die *Kundschaften* sahen vor, daß die Befragten den Namen der anzeigenden Personen nicht erfuhren[20]. Daher sind die Personen, die ein Verfahren auslösten, nur selten aus den Aussageprotokollen zu ersehen. Auffällig ist außerdem, daß die «Kundschafter», diejenigen, die im Auftrag des Rats die Zeugen befragten, sich oft nach den Gründen einer Anzeige erkundigten, wenn zwischen dem Vorfall und der Meldung ein Zeitraum von mehreren Wochen lag. Als etwa Jacob Wollenweider 1697 Hans Ulrich Gugolz der Gotteslästerung beschuldigte, hakten die «Kundschafter» nach, «warumb die sach erst ietz außkome, da Er mit dem Gugolz in Zerwürfnüß komen»[21]. Die Vertreter des Gerichts hielten es also offenbar für notwendig nachzuprüfen, ob nicht persönliche Interessen hinter der Anzeige steckten. Doch die Justizleute stießen nur höchst selten auf Rachemotive der Denunzianten. Auch im historischen Rückblick lassen sich solche unlauteren Beweggründe kaum aufdecken. Die Quellen verraten nur selten, in welchem Verwandtschafts-, Nachbarschafts- oder Geschäftsverhältnis die Angeklagten zu denjenigen standen, welche die Obrigkeit auf die Tabubrecher aufmerksam gemacht hatten. Daher bleiben die eventuellen 'Vorgeschichten' einer Meldung im Dunkeln.

Dafür aber sind die Begründungen überliefert, die Zeugen angaben, wenn sie vom Gericht nach den Motiven für ihr Anzeigeverhalten gefragt wurden.

[19] Die *Kundschaften und Nachgänge* geben in der Regel zwar nicht die Namen der anzeigenden Privatpersonen an, halten aber fest, wenn ein Amtmann ein Verfahren ins Rollen gebracht hatte. Daher läßt sich erkennen, daß die weitaus meisten Verfahren durch Anzeigen eingeleitet wurden, die Privatpersonen erstattet hatten. Frauen aus diesem Personenkreis machten häufig ihre männlichen Verwandten oder Ehemänner auf Vorfälle aufmerksam und überließen es zumeist ihnen, die Justiz von solchen in Kenntnis zu setzen. Vgl hierzu F. LOETZ, *Über Gott handeln*, Kap. II.2.cca.

[20] Vgl. Hierzu W.H. RUOFF, *Die Zürcher Räte als Strafgericht und ihr Verfahren bei Freveln im 15. und 16. Jahrhundert*, Zürich 1941, S. 78, 98.

[21] ZStA, A.27.120, Aussage Jacob Wollenweider, 22.9.1697.

Selbst wenn man bedenkt, daß sich die 'Informanten' im eigenen Interesse als unbescholtene, treue Bürger darstellten, spricht vieles dafür, daß genuin religiöse Bedenken sie zu einer Anzeige bewogen. Man wird die Auskunft der Befragten, Gewissensnöte hätten sie umgetrieben, ernst nehmen müssen. Diese Zeugen meldeten der Obrigkeit einen Fall nach reiflicher Überlegung, zumeist nach Beratschlagung mit Freunden. Der Chirurg Heinrich Wirth jedenfalls gab 1708 an, er habe den fraglichen blasphemischen Vorfall anzeigen müssen, weil er sich sonst der Wortsünde teilhaftig gemacht hätte[22]. Genau davor warnten aber die zeitgenössischen Predigten und Katechismen. Freilich war den Zürchern der Frühen Neuzeit die persönliche Ehre oftmals näher als das schlechte Gewissen. Die meisten Anzeigen erfolgten unmittelbar am Tag nach dem Vergehen. Hier handelte es sich meist darum, daß sich die Adressaten von den gefallenen Flüchen und Schwüren persönlich getroffen fühlten und ihren Namen vom Schmutz der lästerlichen Beleidigung zu befreien suchten.

Bei der Verfolgung von Gotteslästerern, so das nächste Zwischenergebnis, war die Obrigkeit vornehmlich auf die Anzeigebereitschaft der Bevölkerung angewiesen. Eine systematische, aktive Suche nach Gotteslästerern erfolgte amtlicherseits nicht. Vielmehr rührten die meisten Verfahren von den Anzeigen her, die Privatpersonen erstattet hatten. Hieraus ergeben sich zweierlei Schlußfolgerungen. Blasphemie stellte einen Stein des Anstoßes dar. Sonst hätten die Zürcher die Justiz nicht eingeschaltet. Genau dieser Umstand aber unterstreicht, daß die Verfolgung von Gotteslästerern in ihren gerichtlichen Anfängen vornehmlich ein Phänomen horizontaler und kaum vertikaler sozialer Kontrolle war.

Um die Menge der gerichtlich erfaßten Blasphemiker zu bestimmen, wäre eine quantitative Auswertung der *Kundschaften und Nachgänge* im Verhältnis zur Bevölkerungsentwicklung erforderlich. Archivaren des 19. Jahrhunderts ist es zu verdanken, daß sie den Aufwand, den eine solche Auswertung darstellte, in Grenzen halten. Sie fertigten ein Register an, in dem sie jeden Gerichtsfall, nicht jede einzelne Akte, unter Angabe des Betreffs verzeichneten. Ohne hier darauf einzugehen, wie zuverlässig ihr «blaues Register» ist, lassen sich anhand ihrer Unterlagen einige Tendenzen erkennen: Die unmittelbaren Reformationsjahre setzten keinen tiefen Schnitt in der gerichtsrelevanten Sensibilität bezüglich blasphemischer Vergehen[23]. Die

[22] Vgl. ZStA, A.27.126, Aussage Heinrich Wirth, 14.2.1708.

[23] Die Zahl der Justizfälle ist nicht mit der tatsächlichen Zahl blasphemischer Sprechhandlungen zu verwechseln. Die Gerichtsverfahren lassen allein erkennen, wann eine Tabuverletzung für schwerwiegend genug erachtet wurde, sie der Justiz zu melden.

Zahl der gerichtlich erfaßten Blasphemiker wuchs in den Jahren um 1525 bis 1535 nur geringfügig. Durchschnittlich lag sie bei einer Bevölkerung von ungefähr 55 Tausend Personen zwischen drei und vier Fällen jährlich. Es dauerte eine weitere Generation, bis Gotteslästerer in der Zeit von 1560 bis 1610 häufiger vom Rat zur Verantwortung gezogen wurden. Die jährlichen Durchschnittswerte bewegten sich nunmehr bei einer Bevölkerungszahl von ungefähr 80 Tausend um die fünf bis sechs Fälle. Die zweite große Verfolgungswelle folgte in den Jahren von ungefähr 1650 bis 1690. Im Verhältnis zur Gesamtbevölkerung stiegen die Verfolgungsraten geringfügig. Danach gingen Gerichtsverfahren kontinuierlich zurück, um nach 1720 nahezu zu verschwinden. Gotteslästerung hatte ihren gerichtlichen Streitwert verloren[24].

Wie sich diese Verfolgungsphasen erklären bzw. nicht erklären lassen, braucht hier nicht weiter zu interessieren[25]. In Hinblick auf die Frage nach den intellektuellen und verbalen Handlungsspielräumen auf dem Gebiet der Religion sind vielmehr die verhängten Strafen aufschlußreich. Die Sittenmandate sprachen davon, die Gotteslästerer «an Leib, Leben, Ehre und Gut streng» strafen zu wollen, ohne – wie in modernen Gesetzen – die Strafsätze festzulegen. Theologen drohten in ihren Gutachten und Katechismen formal mit der Todesstrafe gemäß Lev. 24,10-23. In der Strafpraxis jedoch fällte Justitia außerordentlich fein abgestufte Urteile, wobei sie das Leben der Delinquenten zu schonen suchte. Unterschieden wurde nicht allein nach Todes-, Körper-, Ehren- und Geldstrafen, auch innerhalb dieser Strafkategorien wurden die Sanktionen subtil differenziert. Die Sanktionen wurden zusätzlich abgestuft, indem die verschiedenen Strafkategorien auf vielfältige Weise miteinander kombiniert wurden[26].

Das bei weitem häufigste Sanktionsmittel waren die Geld- und Ehrenstrafen. Die Geldbußen lagen vielfach bei kleineren Beträgen bis zu 5 Gulden, konnten aber im Einzelfall auch beträchtliche Summen von mehreren hundert Gulden erreichen. Hierbei scheint die soziale Herkunft der Delin-

[24] Zu den demographischen Angaben vgl. M. IRINGER, *Landwirtschaft in der Frühen Neuzeit*, in N. FLÜELER - M. FLÜELER-GRAUWILER (edd), *Geschichte des Kantons Zürich*, Bd. 2, Zürich 1996, S. 66-125, hier S. 85-87; O. SIGG, *Das 17. Jahrhundert*, in O. SIGG, *Die Geschichte des Kantons Zürich*, Bd. 2, Zürich 1996, S. 282-363, hier S. 284, 318.

[25] Vgl. dazu in Auseinandersetzung mit dem Problem von Krisenerscheinungen und Hexenverfolgungen F. LOETZ, *Über Gott handeln*, Kap. III.1c.

[26] Zur Auswertung der Zürcher Urteilspraxis vgl. F. LOETZ, *Über Gott handeln*, Kap. II.1cc. Die Differenziertheit der Urteile ist derart ausgeprägt, daß sie hier nicht im Einzelnen dargestellt werden kann.

quenten bei der Festsetzung des Satzes insgesamt eine untergeordnete Rolle gespielt zu haben[27]. Die niedrigen Strafsätze bewegten sich somit zwischen einem Wert, der mehreren Tagen Arbeit bzw. zwanzig Mahlzeiten in einem Gasthaus entsprach. Nur um die 10% der Gotteslästerer wurden zu Strafen über 100 Pfund verurteilt. Selbst diese Gotteslästerer standen verhältnismäßig gut da: Ehebrecher büßten ihre moralische Verfehlung im Regelfall mit 150 Pfund.

'Weltliche' Ehrenstrafen (Pranger, «Schellenwerk»[28], die formelle Ermahnung durch den Rat, der Ausschluß aus Wirtshäusern, die Ehr- und Wehrlosigkeit) trafen am häufigsten diejenigen, die entweder nicht zu zahlen in der Lage waren oder aus sozial bescheidenen Hintergründen stammten. Die 'kirchlichen' Ehrenstrafen hingegen («Erdkuß»[29], Widerruf, «Abkanzeln»[30], förmliche Ermahnung durch den «Stillstand»[31]) konnten alle treffen[32]. Insgesamt fallen drei Dinge bei den Geld- und Ehrenstrafen ins Auge: Die Geldstrafen dienten überwiegend als Sanktion gegen die vielen stereotypen Schwüre und Flüche des Alltags. Die Strafsätze waren mit denjenigen, die für Injurien verhängt wurden, identisch und betonten damit, daß die Aufhebung einer persönlichen Beleidigung im Zentrum stand. Bei den 'kirchlichen' Ehrenstrafen hingegen lag der Akzent auf die Versöhnung der Verurteilten mit ihren Gemeinden[33]. Die Geld- und Ehrenstrafen sollten demnach nicht ausgrenzen, sondern die Wiedereingliederung der Täter in ihr Umfeld ermöglichen.

[27] Angehörige der etablierten Schichten scheinen bei den Geldstrafen nicht favorisiert worden zu sein. Wenn es sich bei den Verurteilten um Unvermögende handelte, senkte die Justiz bisweilen den Strafsatz.

[28] D.h. die Arbeit an einer öffentlichen Baustelle. Zu den Einzelheiten siehe G. FUMASOLI, *Ursprünge und Anfänge der Schellenwerke. Ein Beitrag zur Frühgeschichte des Zuchthauswesens*, Zürich 1981, S. 176 f., 189, 192.

[29] «Erdkuß» bezeichnet in den Quellen den Herdfall.

[30] Beim Abkanzeln mußten sich die Verurteilten an eine ausgewiesene Stelle, häufig unter der Kanzel, hinstellen und dort in einem öffentlichen Gottesdienst eine mehr oder weniger gegen sie gerichtete Strafpredigt über sich ergehen lassen.

[31] So die Bezeichnung der lokalen kirchlichen Sittengerichte

[32] Die Gegenüberstellung von 'weltlichen' und 'kirchlichen' Ehrenstrafen ist keine kategorische, sondern eine tendenzielle. So konnte der Herdfall und Widerruf auch in Injurienfällen, also weltlichen Angelegenheiten verlangt werden. Genausowenig wurden diese Strafen allein in kirchlichen Räumen vollzogen. Sie konnten ebenso an öffentlichen Plätzen der Stadt erfolgen. Entsprechend ließe sich das «Abkanzeln » als Prangerstrafe bezeichnen.

[33] Vgl. näheres hierzu bei F. LOETZ, *Über Gott handeln*, Kap. II.1cc.

Ausländische Blasphemiker wurden im konkreten Sinne aus dem Untertanengebiet ausgeschlossen. Der Landesverweis war das übliche Mittel, sie abzuschieben[34]. Zürcher Untertanen hingegen wurden viel seltener des Landes verwiesen. Dieser Grundsatz spiegelt somit das Interesse des Rats wieder, Menschen, die Gottes Ehre verletzt hatten, in den Untertanenverband zu reintegrieren, statt sie wegzuschicken.

Unter den Körperstrafen waren Rutenschläge am häufigsten vertreten. In der Regel begleiteten sie den Landesverweis. Die spektakuläre Körperstrafe des Zungenschlitzens – der Verurteilte wurde mit seiner Zunge an einem Pfahl genagelt und hatte die Wahl, dort zugrunde zu gehen oder sich selbst loszureißen[35] – taucht in den Justizakten nur sehr vereinzelt auf. Die Zahl von angeblich 78 Todesurteilen, die in Zürich von 1526 bis 1745 wegen Blasphemie erfolgten[36], ist bei genauerer Durchsicht der relevanten Akten auf 19 zu korrigieren. Neunzehn Menschenleben sind neunzehn Menschenleben[37], dennoch ist diese Zahl angesichts der Opfer etwa von Hexenverfolgungen vergleichsweise 'gering'[38]. Insgesamt machten die körperlichen Sanktionen annähernd 1,5% der erlassenen Strafen aus. Physische Gewalt wurde also zur Disziplinierung blasphemischer Untertanen kaum eingesetzt.

Mit Blick auf die Strafpraxis stellen sich, so das dritte Zwischenergebnis, die dramatisierenden Warnungen der Sittenmandate und Medien religiöser Erziehung als stark symbolische Androhungen heraus. «Symbolisch», das meint nicht lediglich die strukturelle Unfähigkeit eines frühneuzeitlichen Kommunalstaates, begangene Vergehen flächendeckend zu verfolgen und in aller Konsequenz zu bestrafen. «Symbolisch» heißt vielmehr, daß der Rat hohe Strafen bis zum Verlust des Lebens prinzipiell in Aussicht stellte. Dies geschah jedoch aus der Erfahrung heraus und in der Absicht, die

[34] Zum typischen Charakter der Verbannungsstrafe vgl. G. SCHWERHOFF, *Gott und Welt*, S.163.

[35] Zur Legitimierung der spiegelnden Strafe des Zungenschlitzens in den deutschsprachigen lingua-Texten der Frühen Neuzeit vgl. R.G. BOGNER, *Bezähmung der Zunge*, S. 135-143.

[36] Vgl. E. WETTSTEIN, *Die Geschichte der Todesstrafe im Kanton Zürich*, Winterthur 1958, S. 91.

[37] Soweit die Quellen eine Überprüfung erlauben, sind die Todesstrafen nicht nur formal verhängt, sondern auch vollzogen worden.

[38] Eine dem aktuellen Forschungsstand genügende Untersuchung der Zürcher Hexenverfolgung fehlt. Einblicke vermitteln jedoch: P.K. SELE, *Das Ende der Hexenprozesse im Zürich*, Lizenziatsarbeit Universität Zürich, 1998; P. SCHWEIZER, *Der Hexenprozess und seine Anwendung in Zürich*, in «Zürcher Taschenbuch», 25, 1902, S. 1-63.

einzelnen Fälle sehr viel differenzierter zu behandeln. Der Verweis auf das scharfe Schwert Justitias diente dazu, den Herrschaftsanspruch zu unterstreichen. Die Intention, das Untertanengebiet seiner Bewohner zu entledigen oder diese langfristig zu schädigen, ist aber nicht zu erkennen[39]. Die Zürcher Obrigkeit bewies also auch in der Praxis ihren Willen, Gotteslästerer zu verfolgen. Freilich dedramatisierte sie das Delikt in seinen alltäglichen Erscheinungsformen, wenn sie es mit einer gewöhnlichen Ehrverletzung verglich und die verhängten Strafen nicht so sehr punitiven als vielmehr restitutiven Charakter besaßen. Daß aber die Obrigkeit eine weites Spektrum an strafrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten sah und die Untertanen sicherlich nicht alle Gotteslästerungen angezeigt haben werden, verweist darauf, daß gewisse Toleranzmargen gegenüber religiösen Tabus bestanden haben müssen. Hätten die Beteiligten sich sonst nicht bemüht, rigoroser durchzugreifen?

2. *Blasphemie im Alltag*

Wie lange konnten Blasphemiker provozieren, bis es ihren Adressaten oder ihrem Umfeld zu bunt wurde, wann waren deren Toleranzmargen überschritten? Ohne die Praktiken blasphemischen Sprechens zu untersuchen, ist diese Frage nicht zu beantworten. Allerdings muß auch hier zwischen verschieden Erscheinungsformen von Blasphemie differenziert werden.

Die diversen verbalen Ausdrucksformen, die sich hinter dem Phänomen Blasphemie verbergen, lassen sich in vier Hauptkategorien einteilen: Gotteslästerung wurde von den Zeitgenossen oftmals als typisches Merkmal bestimmter sozialer Gruppen und Situationen empfunden. So wurden Blasphemien gerne mit unkontrollierten Affekten etwa von Soldaten assoziiert. Das Kartenspiel galt ebenso als einer der Kontexte, in dem mit blasphemischen Formulierungen zu rechnen war[40]. Gotteslästerung konnte aber

[39] Zur Diskussion des grundsätzlichen Verhältnisses von Gesetzgebung und Gesetzanwendung als Problem der Frühen Neuzeit vgl. insbesondere die Beiträge in K. HÄRTER (ed), *Policey und frühneuzeitliche Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 2000; M. DINGES, *Normsetzung als Praxis? Oder: Warum die Normen zur Sachkultur und zum Verhalten so häufig wiederholt werden und was bedeutet dies für den Prozeß der «Sozialdisziplinierung»?*, in M. DINGES (ed), *Norm und Praxis im Alltag des Mittelalters und der frühen Neuzeit*, Internationales Round-Table-Gespräch, Krems an der Donau, 7. Oktober 1996, Wien 1997, S. 39-53; J. SCHLUMBOHM, *Gesetze, die nicht durchgesetzt werden. Ein Strukturmerkmal des frühneuzeitlichen Staates?*, in «Geschichte und Gesellschaft», 23, 1997, S. 647-663.

[40] Zur Diskussion der einzelnen Beispiele vgl. F. LOETZ, *Über Gott handeln*, Kap. II.2ba.

auch der Lust an gezielter, publikumswirksamer Provokation entstammen. Wer hingegen in einem Ehrkonflikt den Namen Gottes für sich in Anspruch nahm, versuchte den Kontrahenten zu imponieren und eventuell physische Gewalt verbal zu steigern. Gotteslästerung wurde zur bewußt eingesetzten verbalen Waffe. Die 'eigentliche' Gotteslästerung schließlich beinhaltete verschiedene Grade der Kritik an Gott. Innerhalb welcher intellektuellen und verbalen Handlungsspielräume sich hierbei Blasphemiker bewegten, bleibt an den Inhalten und Handlungskontexten der entsprechenden verbalen Übertretungen zu demonstrieren.

Der Vorwurf, Flüche und Schwüre ständig im Munde zu führen, richtete sich gegen Personen, die für eine spezifische Situation oder eine Gruppe standen. Hier ging es um floskelhafte Wendungen wie ein «daß dich der Teufel hole», «daß dich der Blitz erschlage», «bei Gottes Kreuz», «1.000 Sakrament». Obwohl diese Äußerungen formal eindeutig blasphemisch waren und von den Zeugen auch entsprechend als «lästerliche Worte» beschrieben wurden, verhallten die starken Worte relativ effektlos. Die Reaktion der Tochter des Felix Nüßeler aus dem ersten Drittel des 16. Jahrhunderts etwa spricht Bände: Sie habe gehört, wie ihr Nachbar Fatli seine Frau zu erstechen und zu erwürgen gedroht und ihr Steine nachgeworfen habe, «deßglÿchen gotz lÿden geschworen und dermaßen thobet, daß sÿ Ime nit mehr zu loßen [zuhören] wellen und schlaff[en] gang[en]»[41]. Die Aussage der Tochter des Dr. Geßner vervollständigt das Bild: Fatli habe «übel geschworen ... Es habe dieser fatli das wesen nit nur jetzt, sond[ern] vor mer maln triben, wann er voll gsÿn, und sÿ deß dermaßen gwonet, daß sÿ sÿnem kein acht habind, sond[ern] inn tob[en] laßind»[42]. Wenn Zeugen auch in anderen Fällen zu Protokoll gaben, sie hätten den inkriminierten Sprechhandlungen keine Beachtung geschenkt, weil sie nichts Besonderes darstellten[43], so beruhte ihre Argumentation auf einer Voraussetzung. Die Zeugen nahmen offenbar an, ihre Aussagen würden überzeugen. Sie hielten also die Aussage, Schwüre oder Flüche als gewöhnliche, «normale Normbrüche» geduldet zu haben, für unproblematisch. Dies wiederum läßt erkennen, daß stereotype Lästerungen als relative Bagatellfälle eingeordnet und geduldet wurden.

Die Rede von der Gotteslästerung ließ sich nicht nur zur Charakterisierung anderer nutzen, sondern konnte auch der effektvollen Selbstinszenierung

[41] ZStA, A.27.13, Aussage Tochter Felix Nüßeler, undatiert.

[42] ZStA, A.27.13, Aussage Tochter Dr. Geßner, undatiert.

[43] Vgl. zum Beispiel ZStA, A.27.12, Aussage Rudolf Großmann, undatiert.

dienen[44]. Gegen 1523 gab beispielsweise der Goldschmied Rudolf Benner in einem Gasthaus folgende unvermittelten Worte zum Besten: «Wir wend [wollen] nüt mit gott zeschaffen haben. Der tüffel muoßß auch etwas haben ... muoß Ich denn des tüffels sin, So wil Ichs auch sin». Ein starkes, blasphemisches Stück eigentlich, doch, so das Protokoll weiter, «ob er [Benner] das In gespött oder ernst gethan hab, mag diser zug [Rüger] nit wussen. Wol habe niemand mit Im gezanckett»[45]. Die lästerlichen Reden Benners hatten also niemanden echauffiert; die Lust an der Gotteslästerung als spaßiger Provokation, als «gespött», war durchaus vorstellbar und wurde auch ausgelebt.

Bei Ehrkonflikten erfüllte Gotteslästerung eine ganz andere Funktion. Der Name Gottes wurde mißbraucht, um den konkreten, diesseitigen Gegner zu treffen. Gott war nur der formale Adressat, wie dies etwa die Aussage Jacob Blüwlers veranschaulicht. Dieser räumte 1588 ein, in einem Streit mit Balthasar Erztli, «leider ettliche schwür als Himel unnd Herrgott ... unnder annder wortt[en] lauf[en] [gelassen zu haben]. Doch sÿge er willens genannten Ertzli umb obgehördte schmach: unnd schelltworten zuberächtigen»[46]. Blüwler erklärte sich also bereit, die Ehre Erztlis wiederherzustellen. Die Ehre Gottes hingegen stand nicht zur Debatte. Derselben Logik folgen die Geldstrafen, wenn sie sich an den Strafsätzen für Injurien orientieren. In Anbetracht der vielen Fälle, in denen Gotteslästerung persönlich genommen wurde, wird man also von einer hohen Sensibilität der Zeitgenossen gegenüber Blasphemie sprechen dürfen. Was aber hier schlecht toleriert wurde, war nicht die Verletzung der Ehre Gottes, sondern die der eigenen Person.

Tatsächlich berührt wurde die Ehre Gottes bei den Auseinandersetzungen, in denen die Sprecher den Höchsten direkt zu kritisieren wagten. Das Ringen mit Gott hatte viele Gesichter. Da konnten in geselliger Wirtshausrunde Rätselspiele zweifelhaften Charakters getrieben werden. Die Frage zum Beispiel, «wer gestorben und nit gebohren, wer gebohren und nit gestorben», brachte Hans Ulmer 1687 ganz schön in Bedrängnis. Gott und damit auch sein Sohn ist von Anfang der Zeiten. Die Menschwerdung Jesus aber datiert auf das Jahr Null der Christenheit zurück. Wer

[44] Vgl. ebenso G. SCHWERHOFF, *Starke Worte. Blasphemie als theatralische Inszenierung von Männlichkeit an der Wende vom Mittelalter zur Frühen Neuzeit*, in M. DINGES (ed), *Hausväter, Priester, Kastraten, Zur Konstruktion von Männlichkeit in Spätmittelalter und Früher Neuzeit*, Göttingen, 1998, 237-263.

[45] ZStA, A.27.6, Aussage Hanno Rüger, ca. 1523.

[46] ZStA, A.27.41, Aussage Jacob Blüwler, 26.6.1588.

hier nicht zwischen dem historischen und dem himmlischen Jesus zu unterscheiden wußte, geriet wie Ulmer in blasphemische Untiefen. Martin Schäppi nutzte dessen Unsicherheit gnadenlos aus. Er fragte noch mal nach, ob Ulmer «nit wüße, daß Xristus in seiner Mënschwerdung gebliben was, Er war, wahrer Gott und worden, was Er nit war, wahrer mënsch: Oder wie kann Er auch meinen, daß Xristus gewëßen? Ulmer fange an zuzellen und sage tausend, sechs hundert und seben und achzig jahre». Als Schäpi ihn darauf ermahnte, Jesus sei schon immer gewesen, widersprach Ulmer: «Nein, Xristus seige erst seit seiner menschwerdung». Trotz der eigentlich ungeheuerlichen Leugnung der Gottesnatur Jesus blieb es vorerst bei dem scherzhaften Ton, in dem über ernsthafte theologische Fragen diskutiert wurde. Nach der Drohung, ihn aus dem Wirtshaus hinauszuwerfen, räumte Ulmer sofort ein: «ja ja, das ist rëcht, ich habe gefehlt, ihr habet rëcht und ich läz [unrecht]»[47].

Ohne auf die verschiedenen Interpretationsmöglichkeiten einzugehen, die diese sehr viel ausführlicher überlieferte Wirtshausszene eröffnet, sei hier allein ein Punkt herausgegriffen: Die Szene belegt die ambivalenten Spielräume für religiöse Diskussionen. Das Publikum reagierte erst einmal gelassen auf die dogmatisch falschen Aussagen Ulmers. Der Dialog bewegte sich inhaltlich noch in den Bahnen einer ernsthaften theologischen Diskussion. Als Schäpi den offensichtlich intellektuell unterlegenen Ulmer zunehmend in die Ecke drängte, griffen die Wirtshausgäste nicht ein. Vielmehr scheinen sie sich über die Unbeholfenheit Ulmers amüsiert zu haben. Jedenfalls wurde Ulmer nicht damit gedroht angezeigt, sondern vor die Tür gesetzt zu werden. Auch Ulmer nahm die Sache nicht so ernst, wie sein lässiges Einlenken zu erkennen gibt. Doch teilten nicht alle diese Einschätzung. Eine Privatperson sorgte für die Einleitung eines Verfahrens, das Rätselspiel hatte für ihn das tolerierbare Maß überschritten.

Auf billige Polemik oder Rätselspiele teilweise zweifelhaften Geschmacks verzichtete die Klasse der theologischen 'Profis'. Dies belegt der prominente Fall des Generals Hans Rudolf Werdmüller von 1657, der hier nur in seinen Grundzügen vorgeführt werden kann[48]. Werdmüller, Abkömmling

[47] ZStA, A.27.114, Aussage Felix Stauber und Martin Schäppi, 12.9.1687.

[48] Zur Dynastie der Werdmüllers mit einem eigenen Abschnitt über Hans Rudolf Werdmüller vgl. L. WEISZ, *Die Werdmüller. Schicksale eines alten Zürcher Geschlechts*, Zürich 1949, Bd. 2, S. 226-246. Die Ereignisgeschichte des Falls verfolgt: O.A. WERDMÜLLER, *Der Glaubenszwang der zürcherischen Kirche im 17. Jahrhundert. Eine kirchenhistorische Skizze*, Zürich, 1845, S. 13-36. Dort sind auch eine Auswahl von Aktenstücken paraphrasiert bzw. in leicht umgearbeiteter Fassung abgedruckt. Eine grobe Skizze auf knappstem Raum bietet: O. SIGG, *17. Jahrhundert*, S. 301.

einer Ratsherrenfamilie und Enkel des Begründers der Zürcher Seidenhöfe, gehörte zu den reichsten Männern Zürichs. Ganz und gar Kriegsmann und Diplomat, war er eine Figur des öffentlichen Lebens. Als VIP war er bereits vor dem Prozeß von 1657, den er vermutlich einer Intrige seines Vetters Thomas Werdmüller verdankte, aufgrund seines unorthodoxen Lebenswandels aufgefallen. Es war nicht das erste Mal, daß Werdmüller wegen seiner Äußerungen zu Religionsdingen Aufsehen erregt hatte. Sein Cousin hatte ihn bereits 1652 denunziert, nachdem er bei der Huldigungsfeier des Junker Landvogt Escher heikle religiöse Bemerkungen riskiert hatte. Während der Rat im ersten Verfahren die Angelegenheit nicht weiter verfolgte, kam Werdmüller im zweiten nicht so glimpflich davon. Werdmüller hatte in einer Debatte mit Pfarrer Grob von Wädenswil sowie in der Zürcher Zunftstube zum Rüden derart heikle Positionen vertreten, daß der Rat der Sache nachging und ein synodales Gutachten in Auftrag gab[49]. Aus diesem kirchlichen Gutachten läßt sich rekonstruieren, womit Werdmüller seine Hörer schockiert hat: Der Vorwurf, Werdmüller habe mit der Bibel um sich geworfen, Bigamie und Ehebruch entschuldigt, die Hölle verharmlost, das Leben im Himmel profaniert und Moses und Paulus beleidigt, zielte wohl mehr auf den gewagt unterhaltsamen Charakter der (vermeintlichen?) Reden. Hier ging es vornehmlich um soziale Tabus, nicht um religiöse Inhalte. Andere Anklagepunkte hingegen betrafen diffizile theologische Debatten um die Auferstehung der Toten, das ewige Leben oder die Trinität. Sie spiegeln die intellektuelle Neugier sowie die ernsthafte Auseinandersetzung des Zwinglianers mit Fragen des Glaubens wider. Gewagte religiöse Streitgespräche in geselliger Runde konnten demnach unterschiedlich verstanden werden. Schätzten die einen den Unterhaltungswert (nicht), freuten sich andere offenbar an der theologischen Diskussion.

Werdmüller war zu sehr Intellektueller, als daß ihn seine religiösen Überzeugungen zu einem sturen Dogmatiker hätten erstarren lassen. Die Provokationslust bestand für ihn darin, auszuloten, wie weit er sich als 'Freidenker' zu erkennen geben konnte. Die Vorstellung, das Seelenheil sei auch außerhalb des Reformiertentums zu erlangen, war für die Zürcher Kirche angesichts ihres Monopolanspruchs ein unerträglicher Gedanke; die abgemilderte Version, man solle Anderskonfessionelle nicht verdammen, auch. Ganz gleich, welche der beiden Anschauungen Werdmüller tatsächlich vertreten hat, sein Einlenken, er bekenne sich zur evangelischen Lehre und er habe wohl die Kreuzigungsszene noch nicht richtig verstanden, zeigt, wie sehr

[49] Vgl. ZStA, E.II.97, p. 1246, 1268, Fall Werdmüller, Synodalgutachten, X.X.1659.

sich Werdmüller der Grenzen bewußt war, in denen er sich bewegte. Für Querköpfe wie ihn, die unorthodoxe Toleranzgedanken äußerten, war kein Platz.

In der Disputierlust Werdmüllers kommt nicht allein der Intellektuelle, Gläubige und 'Freidenker', sondern auch der Mann der feinen Gesellschaft, der mit Religionsdingen scherzte, zum Vorschein. Die Titulierungen des Moses und Paulus, die ihm zur Last gelegt wurden und die an die großmäuligen Sprüche der Wirtshaushelden erinnern, wußte er jedenfalls elegant damit zu begründen, daß er den *advocatus diaboli* gespielt habe. Die Gutachter stellten fest, die Zeugenaussagen seien zu ungenau, um hier zu einem befriedigenden Urteil zu gelangen. Sie hielten sich also bedeckt. Hatte aber Werdmüller nicht von einem sinnlichen Leben nach dem Tode, von dem Frauen allerdings ausgeschlossen seien, gesprochen? Hatte er nicht Bigamie und 'Hurerei' entschuldigt? Schwang in all diesen Reden nicht ein anzüglicher Ton von nicht ganz so feinem Geschmack mit? Wohl nicht. Die Gutachter übten in der Beurteilung dieser Vorwürfe auffällige Zurückhaltung, verzichteten auf klare Worte. Was Werdmüllers Äußerungen zum Leben im Himmel und in der Hölle betraf, enthielten sie sich sogar jeglichen Urteils. Werdmüllers Bemerkungen zu Bigamie und außerehelichem Geschlechtsverkehr maßregelten sie lediglich als schlechten Scherz. Und diesen Scherz meinte Werdmüller glaubhaft erklären zu können: Er habe einst in schwedischen Diensten spaßeshalber behauptet, Frauen würden nicht selig werden «und als die fr[au] feldMarschallin sich sehr darüber erzürnt, hingegen H[er]r feldMarschall ein Wohlgefallen an solchem Scherz gehabt, habe Er die feldMarschallin gefraget, ob Sie dan glaube, unser Weiber komind in Himel auf die Weis wie wir Sie hin auf Erden habind». Als die Marschallsgattin die Frage bejaht habe, habe er vorgegeben, Frauen würden sich wohl sehr auf dem Weg zum Himmel ändern müssen, da auf Erden, «ihr richten und trachten ... von jugend an bös [sei]». Auch an ihr, der Marschallin, hafte die weibliche Sünde, die darin bestünde, daß Frauen immer über ihre Männer zu herrschen begehrten, wo sie ihnen laut Bibel Untertan sein sollten. «Dergleichen Scherz habe Er zu underschiedenlichen mahlen erzehlt»[50]. Werdmüller spielte souverän mit der ambivalenten Haltung seiner Gesellschaft. Wie ein Kabarettist erlaubte er sich den Spaß, die Eheleute zu necken – und dieser freundliche Spott entsprach offensichtlich dem Geschmack seiner Gesprächspartner, die vorerst keinen Anstoß an seinen formal blasphemischen Ausführungen nahmen.

[50] Zürcher Zentralbibliothek, Ms. B.215, fol. 6v, Aussage Werdmüller, 3.2.1659.

Werdmüller wagte sich mit seinen theologischen Bemerkungen weit vor, jedoch ohne Gott in Frage zu stellen. Blasphemiker, die Gott offen kritisierten, gingen noch weiter. Relativ verbreitet war die Klage, Gott bringe die Menschen um ihrer Arbeit Lohn, wenn er mit seinen meteorologischen Launen deren Ernte zerstöre. Ein solcher Gott könne kein gerechter Gott sein. Soweit die Quellen darüber Aufschluß geben, reagierten die Zeugen auf solche blasphemischen Äußerungen empfindlich. Sie sorgten dafür, daß Gerüchte in Umlauf kamen, die den blasphemischen Sprechern das Leben schwer machten[51].

Nur wenige Blasphemiker setzten Gott explizit auf die Anklagebank. Noch seltener sind diejenigen, die offen ihre Zweifel an Gottes Allmacht artikulierten. So etwa Rudolf Lehman aus Meilen im Jahre 1616. Er wurde angeklagt, die Auferstehung geleugnet und dies damit begründet zu haben, daß «ein mentsch noch sÿnem todt anderst nit dann wie ein hund zeachten; es sÿge dhein [kein] ehwig lëben, dann der abgestorbenen lüthen noch dheiner widerkommen, der deßëlben halber zügknüß bracht habe. Und wer dem nit glaube, der sölle Inn das Beinhuß gohn und noch der uferstendtnüs fragen. Es sÿge nüt mit dem Jüngsten tag»[52]. Angesichts dieser konsequent rationalistischen Argumentation überrascht das Urteil gemessen an den gesetzlichen Richtlinien: Lehman wurde für 1 Jahr ehr- und wehrlos gesprochen und sollte kein Wirtshaus betreten dürfen, doch wurde er bereits nach sieben Monaten begnadigt[53]. Die Justiz erwies sich also als recht großzügig.

Religiöse Rätselfragen und theologische Debatten, Anklagen Gottes und die Leugnung seiner Omnipotenz repräsentieren die vier Grundformen, in den Blasphemiker sich jenseits stereotyper Formulierungen zu Worte meldeten. Die einen begingen einfach einen *faux-pas* oder unterhielten die feine Gesellschaft. An ihnen läßt sich die ambivalente Stellung von Gotteslästerungen zeigen. Für diejenigen, die sich an den Blasphemien schadlos hielten, war die Blasphemie Mittel zum Zweck des Spotts und als solche inhaltlich nicht weiter von Interesse. Für andere hingegen waren die Ausdrücke schwerwiegend genug, die Justiz hinzuzuziehen.

[51] Vgl. zum Beispiel die undatierten Akten im Fall Michel Degenhart unter ZStA, A.27.13.

[52] ZStA, B.VI.266a, fol. 154, Fall Rudolf Lehman, Zusammenfassung der *Kundschaften*, 14.11.1616.

[53] ZStA, B.VI.266a, fol. 154, Fall Rudolf Lehman, Zusammenfassung der *Kundschaften*, 14.11.1616.

Neben den Blasphemikern «wider Willen» bzw. aus «kabarettistischem Willen» stehen die Blasphemiker aus intellektueller Neugier, aus Unzufriedenheit und aus radikalen Glaubenszweifeln. Ihnen gegenüber waren die Mitbürger weniger duldsam. Wer sich in das Labyrinth kirchengeschichtlicher Auseinandersetzungen wagte, spielte offiziell mit dem Feuer der Häresie. Darin mochte der legitime intellektuelle Reiz einer gepflegten Unterhaltung liegen, doch konnte die Konversation ebenso (willentlich) als Gotteslästerung umgedeutet werden. Gott zu beschuldigen, in einer konkreten Angelegenheit unberechtigterweise Unheil gestiftet zu haben, hieß, sich gegen ihn aufzulehnen. Auf solch ungehorsame Christen, die ihre Kritik in individuell gestaltete und als blasphemisch entschlüsselte Worte verpackten, reagierte das Umfeld gereizt.

Noch schneller als bei der Artikulation von Klagen gegen Gott war die Toleranzschwelle erreicht, wenn Gott als ohnmächtig dargestellt wurde oder auf andere Heilswege als die kirchlich definierten hingeweisen wurde. Werdmüller erkannte, daß er die Äußerungen, daß das Seelenheil auch außerhalb der reformierten Kirche zu erlangen sei, besser zurücknehme. Im Falle Lehmans landete die provokante Rede gegen die Auferstehung der Toten umgehend vor dem Rat. Während er noch das Glück hatte, mit einer hohen Ehrenstrafe davonzukommen, bezahlten andere für ähnlich provokante Äußerungen mit ihrem Leben[54]. So gewagt die Äußerungen der Zürcher Blasphemiker teilweise auch ausfielen, die Justizakten wissen nichts von Atheisten im modernen Sinne zu berichten. Wenn kein Gerichtsprotokoll festhält, daß irgendeiner unter den Zürcher Gotteslästerern Gott für tot erklärt habe, so lassen sich hierfür mehrere Vermutungen anstellen. Möglicherweise besaß die Frühe Neuzeit tatsächlich nicht das *outillage mental*, um Gottes Existenz zu leugnen[55]. Man wird aber ebensowenig ausschließen können, daß 'Atheisten' durchaus existierten, diese aber angesichts des Strafrisikos ihre Anschauungen lieber für sich behielten.

[54] Vgl. beispielsweise den spektakulären Fall Hans Wingartner von 1520 in B VI.248, fol. 30r. Für Erläuterungen zu diesem Fall siehe: F. BÜNZLI - I. MARTIN, *Hirsebarden und Heldenbrei*, Bern 1995, S. 42 f.

[55] Die These, daß Menschen des 16. Jahrhunderts nicht über das «outillage mental» verfügt hätten, um ungläubig zu sein, hat bekanntlich Lucien Febvre bereits vor langem vertreten (vgl. L. FEBVRE, *Le problème de l'incroyance au 16e siècle*, Paris 1942). Diese These ist allerdings außer auf ideengeschichtlicher Ebene kaum überprüft worden. Zur Problematik mit eigenen empirischen Beispielen vgl. G. SCHWERHOFF, *Gott und die Welt*, S. 361-375.

3. *Fazit: Eine frühneuzeitliche Gesellschaft und ihre religiösen Denk- und Handlungsspielräume*

Frühneuzeitliche Gesellschaften wie Zürich kannten im sensiblen Feld der Religion nicht zu unterschätzende, bisweilen erstaunlich anmutende verbale Spielräume, deren Ausmaße phasenweise differierten. Die Sprecher brauchten nicht mit allzu scharfen Sanktionen zu rechnen, wenn sie in Situationen handelten oder aus sozialen Schichten stammten, für die stereotype Blasphemien ohnehin als 'normal' galten. Solange die Flüche und Schwüre unoriginell blieben, hatten die Sprecher die Möglichkeit, mit diversen Formulierungen gezielt zu provozieren, um sich publikumswirksam in Szene zu setzen.

Enger wurde der verbale Handlungsspielraum, wenn Gotteslästerer den Namen Gottes im Munde führten, sich also zwar formal an ihn adressierten, aber den konkreten Gegner meinten. Wenn hier die Schmerzgrenze der Angesprochenen sank, dann richteten sich die Grenzwerte nicht vorwiegend nach dem religiösen Kriterium der Ehre Gottes, sondern eher nach dem profanen Kriterium der persönlichen Ehre. Heikel war hier nicht so sehr das Problem der religiösen Toleranz als vielmehr das der gesellschaftlichen Positionierungskämpfe. Auch das wußte die Justiz durch die Gleichsetzung von Blasphemien und Injurienfällen zu berücksichtigen.

Blasphemiker, die dogmatische Grundsatzfragen berührten, gingen ein höheres Risiko ein, die Justiz auf unangenehme Weise zu spüren zu bekommen. Vermochten die Zeitgenossen die Ambivalenzen gewagter Formulierungen durchaus auszuloten, auf offene Kritik an Gott reagierten sie empfindlich. In dem Moment, in dem Gott auf die Anklagebank gesetzt wurde, erfolgten strengere Sanktionen. Zeugen übten informell (zum Beispiel über Gerüchte) wie formell (über ein Gerichtsverfahren) Druck auf die Übeltäter aus; die Justiz verhängte höhere Strafen bis hin zur Todesstrafe.

Diese empirischen Befunde erlauben es, auf die religiösen Toleranzmargen im Zürcher Kommunalstaat zurückzuschließen. Die Gesellschaft erwies sich insofern als 'tolerant', als sie in ihrer Alltagskommunikation Formulierungen duldete, die gemessen an den zeitgenössischen Normen eindeutig als blasphemisch und damit als unzumutbare Wortsünde einzustufen waren. Nicht alles, was formal Gotteslästerung war, wurde also auch faktisch als Gotteslästerung empfunden, geschweige geahndet.

Auch religiöse Kontroversen, die in eine blasphemische Richtung gingen, konnten offen geführt werden, solange sie dazu dienten, zur 'rechten' Erkenntnis zu gelangen. Um Toleranz im Sinne der Aufklärung, um Aner-

kennung von Gotteslästerung als vernünftiges Prinzip, ging es hier zwar nicht. Toleranz wurde jedoch insofern geübt, als religiöse Zweifel und Fragen zur Sprache kommen durften.

Alle bisherigen Überlegungen unterliegen einer Einschränkung. Die überlieferten Justizakten halten allein diejenigen blasphemischen Formulierungen fest, die vor das Gericht führten. Was die Delinquenten tatsächlich im Innersten dachten, als sie schworen, fluchten und schmähten, ist hingegen nicht zu erfahren. Mit Hilfe von Gerichtsakten läßt sich den Angeklagten aufs Maul, nicht aber in den Kopf schauen. Deswegen sind die intellektuellen Spielräume der Zürcher Gesellschaft nur im Minimalausmaß dessen, was gerichtsnotorisch wurde, zu erfassen. Hier zeigt sich – dies wäre jedoch Gegenstand eines eigenen Aufsatzes –, daß für die Frühe Neuzeit Gott, trotz mancher radikaler Zweifel an ihm, noch nicht tot war.

«Die Macht, die wildes Volk zu Sitten hat gezwungen,
Des Menschen Leben selbst beruht auf seiner Zungen.
...
Lernt, die ihr lebt, den Zaum in eure Lippen legen!».

Solche moralischen, sprachkritischen Ermahnungen erwecken den Eindruck, frühneuzeitliche Sprecher hätten ihre Zunge nicht zu bezähmen gewußt und sich durch unkontrollierte Rede um ihr Leben sowie ihr Seelenheil gebracht. Die Zürcher Prozeßakten von Blasphemikern sind ein Gegenbeweis. Sie zeigen, daß Gotteslästerer oft in der Lage waren, ihre Zunge gezielt einzusetzen, um effektvoll zu provozieren. Sie spielten mit den verbalen Handlungsspielräumen ihrer Gesellschaft. Wo die Grenzen dieser Spielräume lagen, definierten vorrangig die Mitbürger. Sie markierten die Toleranzschwellen, indem sie ab einem gewissen Punkt die Normverletzungen an die Justiz weiterleiteten. Daher bestimmten nicht hauptsächlich Prozesse vertikaler, sondern vornehmlich horizontaler sozialen Kontrolle, was ungestraft gesagt werden durfte und was nicht. Und hier zeigt sich, daß angesichts der ambivalenten Haltung zu Gotteslästerung Menschen der Frühen Neuzeit deutlich mehr sprachliche Wahlmöglichkeiten offen standen, als es bisherige Geschichtsdarstellungen gemeinhin erkennen lassen.

Die intellektuellen und verbalen Handlungsspielräume einer frühneuzeitlichen Gesellschaft wie derjenigen von Zürich am Recht heutiger Demokratien auf freie Meinungsäußerung und Religionsfreiheit messen zu wollen, wäre anachronistisch. Die Beurteilung der Handlungsoptionen muß sich vielmehr an den zeitgenössischen, formellen wie informellen, Standards orientieren. Sonst zeichnen wir zu schnell das Bild einer Gesellschaft, in der der Scharfrichter das letzte Wort behielt.

Gotteslästerung, Aberglauben oder Betrug?

Zur sozialen Praxis und staatlichen Sanktionierung des «Schatzgrabens» im 18. und frühen 19. Jahrhundert

von *Peter Wettmann-Jungblut*

I.

«Bei Gelegenheit einiger ... Inquisitionen» habe sich ergeben, so beklagte eine Verordnung des Bischofs von Speyer vom 12. Dezember 1753, «daß mittels allerhand abergläubischen Praktiquen, Schätze im Land zu suchen, fast für kein Laster mehr geschätzet» werde. Man bediene sich dabei der sogenannten «Bergspiegel», mißbrauche «allerhand zum Dienst Gottes des Allerhöchsten geweyhte Sachen» und verrichte «verschiedene Andächtlereien sogar mit Beichten, zum heiligen Abendmahl gehen, Seelmessen Lesen und dergleichen auf eine gottesräuberische Weise». Die Schatzsucher verwendeten auch «höchst gefährliche, und an sich vergebliche Gebeter Exorcismi und Geisterbeschwörungen, die bald das Christopheles Gebet, bald anders» genannt wurden, samt anderen «Ceremonien und Ausschweifungen» wie «Segensprechen, Kreissegen, Besprengen mit Weihwasser» und, «was das abscheulichste» war, den «in dem hochheiligen Sacrament des Altars mit Leib und Blut gegenwärtige Leichnam Gottes zu solchen Schandthaten».

Da all dies nicht nur den Zehn Geboten, sondern auch den «geist- und weltlichen Rechten zuwider», liefe, drohte man 1. denjenigen, die solch abergläubische Handlungen vornahmen, Staupenschlag und ewige Landesverweisung an. 2. Sollten alle Personen, die «abergläubische, von Schatzgräbereien, Christophelsgebet, Geisterbeschwörungen, Wünschelruthen, und dergleichen handelnde Bücher, Büchlein oder Zettel besaßen» und nicht binnen der nächsten zwei Monate den Ortspfarrern oder Stabhaltern auslieferten, auf drei Jahre aus den hochstiftischen Landen verwiesen werden. Und 3. sollten die ausgehändigten Bücher und Zettel unverzüglich durch den Scharfrichter öffentlich verbrannt werden[1].

[1] Zitat nach A. BECKER, *Pfälzer Volkskunde*, Bonn - Leipzig 1925, Nachdruck Frankfurt a.M. 1979, S. 138 ff. Bereits in den Jahren 1727, 1729 und 1737 hatten andere speyerische

Das hier angesprochene Delikt der Schatzgräberei, das meist mit abergläubischen Praktiken verbunden war und als Verstoß gegen das erste und zweite Gebot des Dekalogs aufgefaßt wurde, fand relativ spät den Weg in frühneuzeitliche Strafrechtsbestimmungen. In den Artikeln 106 und 109 der *Carolina* ist es nicht explizit erwähnt; in anderen Kodifikationen taucht es primär deswegen auf, um das landesfürstliche Schatzregal anerkannt zu wissen, das einen «Rechtserwerb von Schatzsuchern, die sich magischer Praktiken bedient»[2] hatten, ausschloß – so etwa im *Laienspiegel*, im *Codex Maximilianeus Bavaricus*, in *Polizeiordnungen* der Markgrafschaft Baden und der Stadt Dinkelsbühl aus den Jahren 1716 bzw. 1738[3].

Als eigenständiger Tatbestand taucht es hingegen in der *Theresiana* von 1769, dem *Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten* und dem *Badischen Strafedikt* von 1803 auf[4]. Art. 58 der *Theresiana* wollte den «aus Einfalt, Dummheit, und mißbräuchiger Gewohnheit» herrührenden Aberglauben des Landvolkes nicht landgerichtlich, sondern «von jeden Orts Obrigkeit willkührig» abstrafen lassen. Nur wenn es sich um eine Beschwörung oder Anrufung «des bösen Geistes», vorsätzlichen Betrug anderer, eine «Schatzgräberei ... mit abergläubischen Worten, Zeichen, und Zeremonien» oder eine «mit abergläubischen Künsten und Sachen Umgang habende Versammlung» handelte, sollten die Übeltäter an die Halsgerichte ausgeliefert und peinlich bestraft werden sowie ihre abergläubischen Bücher und Schriften vernichtet werden[5]. Das *ALR* und das *Badische Strafedikt*, die die Zauberei auf «Unwissenheit, Sinnesverwirrung oder Betrug» zurückführten, betrachteten die Schatzgräberei als Beleidigung oder Mißbrauch der Religion zu «Gaukeleyen» und bestraften sie je nach Schwere mit Ermahnungen, öffentlicher Ausstellung, Gefängnis oder Zucht-

Verordnungen den zunehmenden Gebrauch von Christophelsgebet, Himmels- und Michelsbriefen, Herrgottes- und Muttergotteslängen oder der 7 Schloßgebetter zu unterdrücken gesucht; vgl. *ibidem*, S. 133.

[2] Th. Mayer-Maly, Art. *Schatz*, in A. Erler - E. Kaufmann (edd), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. 4, Berlin 1990, Sp. 1363.

[3] Vgl. *ibidem*, Sp. 1363 f. und G.K. Schmelzeisen, *Polizeiordnungen und Privatrecht*, Münster - Köln 1955, S. 284 f.

[4] Weitere Erwähnungen finden sich in einer kurpfälzischen Verordnung vom 17.3.1736, einer kurmainzischen Verordnung vom 2.2.1784, der Policey-Ordnung für Schleswig-Holstein vom 29.1.1768 und zwei württembergischen Verordnungen vom 13.1.1739 und vom 6.12.1791 (diese Hinweise verdanke ich Dr. Karl Härter vom Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt).

[5] *Constitutio Criminalis Theresiana*, 58. Art., § 15.

haus[6]. Die volkstümliche Hoffnung, einen verborgenen Schatz zu finden, ist kein auf das 18. Jahrhundert beschränktes Phänomen. Schon in französischen Hexenprozessen des 13. und 14. Jahrhunderts erzählen die Angeklagten von Zaubersprüchen, mit deren Hilfe sie Dämonen dazu veranlassen wollten, Schätze zu heben[7]; die *Zimmerische Chronik* berichtet von einem Fall erfolglosen Grabens auf einem Friedhof, und in Köln stand 1648 ein Schatzgräber vor Gericht[8]. Doch erst seit dem Beginn des 18. Jahrhunderts vermitteln Kriminalakten den Eindruck einer 'Blütezeit' der Schatzgräberei und spiritistischer Zusammenkünfte, in denen mit Hilfe religiöser Übungen und Gebete zum hl. Christophorus, zur hl. Corona oder hl. Gertrud Geld und Reichtum erlangt werden sollten. So verfolgte der Basler Rat 1726/27 eine Gruppe von Schatzgräbern aus der Umgebung Basels[9]; kurmainzische, speyrische und kurtrierische Behörden gingen zwischen 1753 und 1767 wiederholt gegen Christophorus-Gebet und Schatzgräberei vor, an denen auch Priester und Ordensgeistliche beteiligt waren[10]; im württembergischen Weilheim traf sich 1770/71 regelmäßig ein Zirkel von Einwohnern zum Heben eines Schatzes[11], und im Hochstift Bamberg, in dem seit 1776 die Verordnungen gegen das Schatzgraben jährlich verkündet werden mußten, beteiligten sich in den Jahren zwischen 1722 und 1756 fränkische Bauern ebenso intensiv an diesen magischen Praktiken wie Nürnberger Bürger[12].

[6] Vgl. *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794*, mit einer Einführung von H. HATTENHAUER, Neuwied - Kriftel - Berlin 1994², 20. Titel, 6. Abschnitt, §§ 220-222; *Das großherzoglich badische Straf-Edikt*, mit seinen Erläuterungen und Zusätzen, hrsg. von RHENANUS, Mannheim 1823, §§ 43 f.

[7] Vgl. P.F. FOURNIER, *Magie et sorcellerie. Essai historique*, Moulins 1977.

[8] Vgl. N. KYLL, *Das Christophgebet. Ein Zwingbuch im Stile volkstümlicher Gebetbücher*, in «Jahrbuch für Geschichte und Kultur des Mittelrheins und seiner Nachbargebiete», 1, 1949, S. 71.

[9] E. HOFFMANN-KRAYER, *Schatzgräberei in der Umgebung Basels (1726 und 1727)*, in «Schweizerisches Archiv für Volkskunde», 7, 1903, S. 1-22.

[10] F. MERZBACHER, *Schatzgräberei und Christophelgebet. Ein archivalischer Beitrag zur religiösen Volkskunde des Mainzer Kurstaates*, in «Archiv für mittelrheinische Kirchengeschichte», 4, 1952, S. 352-354; G. REITZ, *Ein abergläubisches Getue um ein Gebet zum hl. Christof*, in «Pastor Bonus», 43, 1932, S. 453 f.

[11] K. WEGERT, *Popular Culture, Crime, and Social Control in 18th-Century Württemberg*, Stuttgart 1994, S. 76 f.

[12] C. KAPPL, *Die Not der kleinen Leute. Der Alltag der Armen im 18. Jahrhundert im Spiegel der Bamberger Malefizamtsakten*, Bamberg 1984. Vgl. ferner E. LABOUVIE, *Verbotene Künste. Volksmagie und ländlicher Aberglaube in den Dorfgemeinden des Saarraumes (16.-19.*

Unter den Urteilen der Hochgerichtsbarkeit der hier für die zweite Hälfte des 18. Jahrhunderts untersuchten südwestdeutschen Territorien spielten die abergläubischen Praktiken des Schatzgrabens, Segens- und Gebetsprechens, die oft mit den juristischen Begriffen «Sortilegium» oder «Sortiarium» bezeichnet wurden, quantitativ eine eher bescheidene Rolle. Man darf allerdings vermuten, daß die gerichtsnotorisch gewordenen Fälle nur die Spitze des Eisberges darstellten, wofür u.a. die Tatsache spricht, daß es sich dabei stets um 'spektakuläre' Massenprozesse handelte: Im Reichsstift Salem wurden 1707-1798 in drei Fällen 21 Personen wegen Schatzgrabens abgeurteilt; in St. Blasien 1719-1783 in einem Fall 24 Personen, in der vorderösterreichischen Landstadt Freiburg 1763-1772 in zwei Fällen siebzehn Personen, in der Kurpfalz von 1776-1784 in drei Fällen sieben Personen und in der Landgrafschaft Klettgau 1796-1803 in einem Fall drei Personen. Für Oberösterreich hat Martin Scheutz, der stärker den betrügerischen Aspekt des Schatzgrabens thematisiert, insgesamt 27 Schatzgräber- und Schatzbeterprozesse zwischen 1570 und 1802 ermittelt, von denen mehr als die Hälfte im 18. Jahrhundert – darunter auch der von ihm untersuchte Freistadter Prozeß von 1728/29 – geführt wurden[13]; in den kurmainzischen Kriminalakten finden sich in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts 9 Prozesse wegen Schatzgräberei und Aberglaubens mit insgesamt 39 Verdächtigen, die im Falle einer Verurteilung meist mit Turm oder Zuchthausstrafen belegt wurden[14].

II.

Um die Praxis des Schatzgrabens mit seinen teils christlich, teils heidnisch geprägten Elementen zu beleuchten, will ich je einen Fall aus einem ländlichen und städtischen Gebiet kurz schildern. Der erste ereignete sich im Jurisdiktionsgebiet des Klosters Salem, wo man im August 1744 über 16 Männer aus einigen benachbarten Dörfern wegen Schatzgräberei, Segens-

Jahrhundert), St. Ingbert 1992, vor allem S. 114-124, sowie W.W. HAGEN, *Glaube und Skepsis eines magischen Schatzgräbers. Ein Fall aus der Prignitz und Mecklenburg aus den 1760er Jahren*, in A. LUBINSKI - T. RUDERT - M. SCHATTKOWSKY (edd), *Historie und Eigensinn. Festschrift für Jan Peters zum 65. Geburtstag*, Weimar 1997, S. 175-186.

[13] Vgl. M. SCHEUTZ, *Ein Schatzgräberprozeß in Freistadt 1728/29. Armut, kommerzielle Magie, Schatzbeter (Christophgebet), Teufelspakt und Alltagssituation in Freistadt und Umgebung am Anfang des 18. Jahrhunderts*, Diplomarbeit Wien, 1993, vor allem S. 181-210.

[14] Dies ergibt die Auswertung des mir freundlicherweise von Dr. Karl Härter zur Verfügung gestellten kurmainzischen Materials.

sprecherei, Geisterbeschwörung und teuflischem Aberglauben zu Gericht saß[15]. Unter den Männern befanden sich mehrere Bauern, ein Kuhhirt, ein Tagwerker, ein Schneider, ein Färber und ein Wirt, aber auch Johann Kepler, der Amtmann von Mendlishausen, und sein Sohn Christian. Der führende Kopf der Gruppe war Franz Franzen, der Meßner von Mimmenhausen, der seinem eigenen Geständnis nach seit mehr als zehn Jahren «zur Erhaltung vermeintlicher Schätze und Geldes» mit seinen Mitangeklagten und anderen Personen an vielen Orten das Christophs- und Cronengebet sowie das Vinculum Salomonis- und Venusgebet verrichtet hatte. Vor allem die Gebete zum hl. Christophorus[16] und zur hl. Corona spielten bei allen mir bekannten Fällen eine herausragende Rolle. Beide waren seit dem Spätmittelalter bekannte und viel verehrte Volksheilige; beide galten als Patrone der Armen; beide wurden im Verlauf der frühen Neuzeit zu Patronen in Geldsachen und der Schatzgräber und in Beschwörungsformeln als «Obrist Schatzmeister», als von «Gott gesetzter großmütiger Schatzmeister des verborgenen Geldes in der ganzen Welt», als «Schatzmeisterin des Himmels» oder «Erzschatzmeisterin über die verborgenen Schätze, Vorsprecherin der armen Leute und Gebieterin der bösen Geister» angerufen.

Der Mesner hatte diese «Teüffels Gebete» meist aus Büchern abgeschrieben, die er wiederum anderen zum Abschreiben überließ. Aus der Kirche hatte er sich «superstitiosa, und geistliche Sachen» verschafft wie «Kohlen aus geweihtem Scheith, und auch gesegnete Palmen, das Wetterkreuz und Kerzen, ... Weihwasser, Krucifix» und eine Stola. Derart ausgerüstet, hatte er mit dem Henkersschwert und geweihter Kreide «den Kreis gemacht, und die sogenannten Luftgeister gerufen, beschworen, und verbannt», einmal «sogar den Teufel selbst gerufen, daß Er ihm Geld bringen solle». Bei den Ritualen benutzte er auch eine «Glückshaube», die er «am letzten heiligen Weihnachtstag unvermerkt unter das Altartuch geschoben» hatte und über die er «drei heilige Messopfer hatte lesen und benedicieren lassen», sowie eine «Hasel- oder Glücks-Rute», die er «wie ein Kind in den allerheiligsten drei Namen» förmlich getauft und ihr den Namen Johannes gegeben hatte.

Franz Franzen wurde seiner Missetaten wegen zusammen mit dem Schneider Johann Crammer in Mimmenhausen vor und nach dem Gottesdienst

[15] Badisches Generallandesarchiv Karlsruhe, 98/3092.

[16] Vgl. zum Christopherus-Kult und -Gebet auch M. SCHEUTZ, *Ein Schatzgräberprozeß in Freistadt*, S. 150-158.

zwei Stunden lang öffentlich vorgestellt; während die beiden Delinquenten aufgesetzte «Götzen-Pfaffenhauben und Schand-Tafeln» tragen mußten, wurden hinter ihnen die gefundenen «abergläubische Schriften, Caracteres und Bücher» verbrannt. Alle anderen Mittäter wurden mit teils empfindlichen Geldstrafen belegt und der Amtmann von Mendlishausen – «reservata bona fama» – seines Dienstes entsetzt.

Der andere Fall beschäftigte die Freiburger Justiz vom Januar bis Juli 1769[17]. Ein anonymer Brief an Schultheiß Klumpp sprach von mehr als 100 «Bürgern, Soldaten, Hindersassen» in Freiburg und nahegelegenen Dörfern, die sich in einer «Societät» dem Christophels-Gebet und der Schatzgräberei widmeten. Nach der Verhaftung des darin denunzierten Medizinstudenten Michael Ersing zog die Affaire immer weitere Kreise; Carl Zehringer, der Pfarrer von Wiehre, beschuldigte sich selbst und den Jesuiten Franz Thomas Capp bei der bischöflischen Kurie in Konstanz des Sortilegiums und forderte eine kirchliche Untersuchungskommission. Während Ersing vom Dekan der Universität verhört wurde, ermittelte ein Geheimer Rat der Stadt gegen die von den beiden Geistlichen als Mittäter genannten Personen. Zu ihnen gehörten u.a. der zünftige Bader Johann Peter Dornmayer, der zünftige Bleicher Jacob Egle und sein Sohn Martin, Anna Catharina Wildin, die Witwe des Kaufmanns Johann Layß, der Bedienstete Joseph Berne, Cyriac Winterhalter, der Mesner und Sigrist von Wiehre, sowie der zünftige Bäckermeister Franz Volckh.

Obwohl sie eine Führungsrolle energisch bestritten, scheinen der Pfarrer und der Jesuit die treibenden Kräfte der Schatzgräber-Gruppe gewesen zu sein, zu der sich gelegentlich auch Lutheraner aus Hugstätten gesellten. Ihre oft vermögenslosen oder verschuldeten Anhänger gewannen sie mit dem Versprechen, «glücklich zu werden». Im Pfarrhof oder in der Kirche von Wiehre lasen die Geistlichen mitternächtliche Messen, denen stundenlanges Beten des Rosenkranzes, des Glaubensbekenntnisses und schließlich Beschwörungen folgten.

Auch in Privathäusern wurden nach genau vorgeschriebenen Regeln das Kronen- und Christophorus-Gebet verrichtet, wobei geweihte Kerzen, ein Kruzifix und das Bildnis der hl. Jungfrau und Märtyrerin Corona nicht fehlen durften. Bei ordnungsgemäßer Verrichtung sollte beim Kronengebet gemäß dem Vorgeben des Herrn Capp die hl. Corona selbst in einem blauen Kleid 18.000 Gulden, beim Christophorusgebet hingegen der angerufene

[17] Stadtarchiv Freiburg, C1, Criminalia, Nr. 60.

Teufel in menschlicher Gestalt und in «einem JägerKleid» die geforderte Summe von drei Millionen überbringen. Dieses unter den Teilnehmern aufzuteilende Geld wollte nach Aussagen Peter Dornmayers der Pfarrer zugunsten einer «Stiftung für arme Studenten», er selbst teils für Almosen, teils zur Befriedigung «seiner eigenen Notdurft» verwenden.

Die Geistlichen verlangten von den Teilnehmern des Kronen- und Christophlsgebets strenge Disziplin; sie sollten täglich beichten, eine Messe besuchen, sich der Sünden enthalten und ein Almosen geben, drei Tage lange fasten und vorher «wenigstens 14 Tage von der ehelichen Pflicht sich enthalten». Doch die anhaltende Erfolglosigkeit ihres Tuns brachte einige der Freiburger Bürger auf die Idee, 200 Gulden zu leihen und sich damit in der Schweiz ein «Geldmännlein» zu besorgen, von dem wahre Wunderdinge erwartet wurden. Dieses Geldmännlein reifte unter einem Haselnußstrauch heran, wo man es im März suchen mußte. Es glich anfänglich einer Kröte, verwandelte sich später in einen etwa einen Spann langen Geist, den man täglich in Wein waschen und auf frischer Baumwolle betten sollte. Wenn man ihm Geld unterlegte, dann verdoppelte sich die Summe bis zum nächsten Tag. Um seine Wirkung zu erhalten, durfte man ihm nie mehr als 10 Louisdor unterlegen und während der Zeit, in der man es besaß, «keine Hand Waschen, kein Haar kämmen, und in keine Kirche gehen».

Die Untersuchung des Freiburger Rates offenbarte ein weitverzweigtes Netz von Personen, die an abergläubischem Schatzgraben teilgenommen hatten. Pfarrer Zehringer etwa war zu diesem Zwecke nach Tottnau und Bottingen gerufen worden, und die Beschwörungsformeln enthaltenden Bücher und Schriften waren in Offenburg, Waldshut oder von fahrenden Händlern besorgt worden. Die Inquisition wurde mit der Zeit so weitläufig, daß der Geheime Rat Schechtele konstatieren konnte, sie sei «einem Hexenprocess ganz ähnlich»; gegen Ende ließ man einige Beschuldigte nur noch summarisch verhören, eingedenk der Tatsache, daß man aller Beteiligten kaum habhaft werden konnte und das Strafmaß in solchen Fällen gemäß der juristischen Doktrin der Zeit von der Willkür des Richters abhing. Man war wohl auch ein wenig verbittert, daß die beiden Geistlichen, denen «nicht alle, doch die meiste Schuld beigeleget werden muß», nur sehr milde bestraft wurden und der Student Ersing im Mai 1769 aus dem Turm geflohen war. So kamen auch die Freiburger Schatzgräber glimpflich davon; sie mußten die Untersuchungskosten tragen und wurden entweder zu drei Tagen Haft bei Wasser und Brot oder dazu verurteilt, an drei Sonntagen der Münsterpredigt beizuwohnen.

III.

Aufklärung und Säkularisierung brachten im 18. und 19. Jahrhundert keineswegs das Ende der Schatzgräberei mit sich, sondern waren erst in vielerlei Hinsicht für die Genese dieses neuen Straftatbestandes verantwortlich. Versuche wie die des Volksaufklärers Johann Gottfried Heinrich Müller, «das Landvolk über herrschend-tägliche Vorurtheil und Aberglauben natürlich denken» zu lehren, und ihm abergläubische Vorstellungen, «die den Schöpfer entehren, und so oft die schädlichsten Folgen für die menschliche Gesellschaft haben»[18], argumentativ oder mit Zwang auszutreiben, blieben lange ohne den gewünschten Erfolg, weil sie das lebenspraktische und sinnstiftende Element von Religion verkannten, das sich einer wissenschaftlich-rationalen und emotionslosen Erklärung entzieht[19].

Zwischen 1808 und 1847 wurden im Großherzogtum Baden 89 Personen wegen Schatzgrabens und Geisterbeschwörung abgeurteilt. Selbst das liberale 'Musterland des Konstitutionalismus' verfolgte weiterhin diese Art der Religionsdelikte, obwohl sich deren Schaden für die Gesellschaft kaum nachweisen ließ. Es huldigte somit einem paternalistisch-utilitaristischen Strafrechtsideal, das den Rechtssubjekten mit mal sanftem, mal starkem Druck den einzig richtigen Weg zur Glückseligkeit vorzeichnete, und war noch weit von der Einsicht entfernt, daß Religion Privatsache sei. Erst das 1851 in Kraft getretene Strafgesetzbuch kannte den Tatbestand der ohne Betrug vollführten Schatzgräberei nicht mehr. Das Hofgericht Mannheim etwa verurteilte noch 1833 zwei Männer von Grombach zu öffentlicher Ausstellung mit Schandtafeln und Zuchthaus; es klingt ein wenig paradox, wenn es dabei vorschlug, ihnen die Prangerstrafe im Wege der Gnade nachzulassen, weil diese nur «für weniger aufgeklärte als die gegenwärthige Zeit» passend sei[20].

Die verstärkte Repression der Schatzgräberei seit dem 18. Jahrhundert fügt sich auch in das Bild einer territorialen oder staatlichen Strafpraxis

[18] JOHANN GOTTFRIED HEINRICH MÜLLER, *Versuch das Landvolk über herrschend-tägliche Vorurtheil und Aberglauben natürlich denken lernen*, Wien 1791, S. 5.

[19] Vgl. zum Problem der historischen und aktuellen Volksfrömmigkeit R.W. SCRIBNER, *Volksglaube und Volksfrömmigkeit. Begriffe und Historiographie*, in H. MOLITOR - H. SMOLINSKY (edd), *Volksfrömmigkeit in der frühen Neuzeit*, Münster 1994, S. 121-138; M.N. EBERT - F. SCHULTHEIS, *Einleitung: Populäre Religiosität*, in M.N. EBERT - F. SCHULTHEIS (edd), *Volksfrömmigkeit in Europa. Beiträge zur Soziologie popularer Religiosität aus 14 Ländern*, München 1986, S. 11-52.

[20] Badisches Generallandesarchiv Karlsruhe, 61/15283.

ein, die in zunehmendem Maße volkstümliche Bräuche und Gewohnheiten zu kriminalisieren begann, die ökonomischen Entwicklungen und diese begleitenden Anforderungen an eine rationale Lebensführung entgegenliefen. Es steht uns sicher nicht an, posthum ein Urteil über die Rationalität oder Irrationalität des Schatzgrabens und seine fraglos geringen Erfolgsaussichten zu fällen. Augenfällig ist jedoch die Tatsache, daß die Verfahren fast nie von den angeblich 'Betrogenen' angestrengt wurden, sondern von der Obrigkeit selbst ausgingen und auf Informationen beruhten, die dieser *qua* Denunziation oder Gerüchten zugetragen worden waren.

Die heute vielleicht unverständliche Faszination, die das Schatzgraben mit seiner Aussicht auf unglaublichen Reichtum auf viele Zeitgenossen ausübte, hatte einen durchaus realen Hintergrund und gründete meines Erachtens nach nicht im altgermanischen Totenglauben. Seit dem Dreißigjährigen Krieg war Süddeutschland fast ständig in kriegerische Auseinandersetzungen verwickelt, und beim Herannahen feindlicher Truppen vergruben nicht wenige Einwohner ihren Besitz. Ein zufällig ausgegrabenes oder gefundenes Geldstück nährte schnell die Hoffnung, daß die Erde 'mehr' enthalten konnte; so lag es nahe, Gott und seine mächtigen Heiligen anzuflehen, den allgegenwärtigen Satan zur Herausgabe dieser Schätze zu bewegen. Viele der Beteiligten waren arm und führten wie der Bader Peter Dornmayer die «allzugroße Schuldenlast», den «geringen Verdienst seiner Profession» oder den «Zuwachs seiner Familie» als Hauptmotiv an. Die Heilsversprechungen der Kirche für ein besseres Jenseits genügten ihnen nicht und ließen sie nach konkreten Hilfstellungen im jämmerlichen Diesseits suchen. Die Tatsache, daß sie dabei verbotenem Aberglauben frönten, war ihnen vielleicht nicht bewußt oder wurde, wenn auch der Pfarrer an solchen Ritualen teilnahm, schlichtweg verdrängt. Die Grenzen zwischen Gottesverehrung und Götzendienst, zwischen Glauben und Aberglauben waren zudem fließend, und die katholische Kirche selbst leistete mit ihrer offiziellen Segenspraktik einer schwammigen Grenzziehung Vorschub[21].

Auch die Grenzen zum Betrug, um dessen Verhinderung es staatlichen Institutionen vordergründig ging, waren schnell überschritten und wurden

[21] Vgl. dazu etwa B. GOY, *Aufklärung und Volksfrömmigkeit in den Bistümern Würzburg und Bamberg*, Dissertation Würzburg, 1968, vor allem S. 169-182. «Die apotropäischen Segnungen», schreibt Goy, «wurden in gleichem Maße von Laien wie von Bettelmönchen und Geistlichen vorgenommen. War also von der Person des Ausführenden her für das Volk keine Unterscheidung zwischen religiösen und ins Magische gehenden Formeln möglich, so konnte dies noch weniger an den Segnungen selbst geschehen, die meist in kirchlich approbierten Andachtsbüchern standen und zum Teil auch im Rituale eine Legitimation besaßen» (S. 175).

nicht von allen Beteiligten so schnell erkannt wie vom Freiburger Bleicher Jacob Egle, der zu Protokoll gab, daß das ganze «Vorhaben zu nichts tauge, als nur daß die Pfaffen zu fressen und zu saufen hätten», da doch «die Compagnie während der Zeit der Andacht den Geistlichen den Unterhalt» verschaffen mußte. Mit dem tiefen Glauben und der wirtschaftlichen Not der Leute ließen und lassen sich noch immer gute Geschäfte machen, und es ist sicherlich kein Zufall, daß etwa gleichzeitig zum Verbot der Schatzgräberei in vielen Territorien Verbote des Lotteriespielens ergingen. Zusammen mit der Magie «konnte das Lotto ... den armen Bevölkerungsschichten einen begründeten Halt bieten» und den Zufall, die Unsicherheit ausschließen; der bürgerliche Traum vom Wohlstand und die neue Idee des sozialen Aufstiegs sollten sowohl beim Schatzgraben als auch beim Lotto «mit dem 'alten' Mittel Magie» verwirklicht werden, aber nicht mit Hilfe der bürgerlichen Tugenden «Arbeit, Fleiß und Sparsamkeit, sondern durch das Glück über Nacht»[22]. Daß der Staat Schatzgraben und Lotterie verbot und verfolgte, mag viele (gute) Gründe gehabt haben; ein Grund lag aber auch sicherlich darin, daß jeder durch puren Zufall zu Reichtum gekommene Arme die soziale Hierarchie umzustürzen und die gewohnte 'Genealogie der Ehre' zu durchbrechen drohte, daß die Ohnmacht, die die Unterschichten zu Genüge kannten, durch Magie, also durch absolute Macht gegenüber der normalen Welt, überwunden werden konnte[23]. Das angestrebte Wissen um den Erhalt von Reichtum beflügelt Phantasie und Glaube, und daher dürfte es auch kein Zufall sein, daß sich unter den mehr als 100 magischen Büchern und Handschriften eines Geheimkünstlers, der 1894 in Ravensburg der Schändung von Kindergräbern verdächtigt wurde, neben vielen Christophels- und Kronengebeten ein «Arcanum arcanorum» fand, ein «kräftiges und erprobtes Gebet und Berufung, um durch einen Geist im Traume zu erfahren die 5 Nummern, welche im Lotto gezogen werden».

[22] Vgl. M. Bönisch, *Opium der Armen. Lottospiel und Volksmagie im frühen 19. Jahrhundert. Eine Fallstudie aus Württemberg*, Tübingen - Stuttgart 1994, hier S. 96. Ferner E. Saurer, *Zur Disziplinierung der Sehnsüchte: Das Zahlenlotto in Lombardo-Venetien*, in «Quellen und Forschungen aus Italienischen Archiven und Bibliotheken», 63, 1983, S. 143-168.

[23] Vgl. dazu auch M. Porret, *Rêver de s'enrichir ou s'enrichir en rêvant. Les «Pensées nocturnes» du Genevois Pierre Frémont, dit Butini, libraire et «explicateur de songes» (1774)*, in «Revue d'Histoire Moderne et Contemporaine», 38, 1991, S. 22-50.

Usi della giustizia come elemento di controllo sociale nella prima età moderna

di *Martin Dinges*

1. *Introduzione*

Nelle ricerche sulla giustizia penale della prima età moderna colpisce il gran numero di denunce che non hanno avuto un iter giudiziario regolare[1]. Il loro numero è molto maggiore dei procedimenti conclusisi con una decisione giudiziale formalmente corretta – con una sentenza o una decisione di non luogo a procedere[2]. Evidentemente vi era una notevole differenza fra la quantità dei problemi che venivano sottoposti al sistema giudiziario come 'casi' e quelli su cui effettivamente si giudicava. Un simile comportamento si spiega con il fatto che molte delle fattispecie presentate nelle azioni legali venivano considerate irrilevanti e perciò la giustizia si sgravava di litigi privi di significato. Un tale filtro istituzionale per le questioni indesiderate viene interpretato come espressione di una «politica per la giustizia» svolta con successo. Secondo questo approccio le istituzioni stesse, in conformità a proprie disposizioni avrebbero dovuto portare avanti soltanto quei casi

[1] Questa è una versione molto abbreviata e rielaborata di M. DINGES, *Justiznutzungen als soziale Kontrolle in der Frühen Neuzeit*, in A. BLAUERT - G. SCHWERHOFF (edd), *Kriminalitätsgeschichte. Beiträge zur Sozial- und Kulturgeschichte der Vormoderne*, Konstanz 2000, pp. 503-544. Cfr. ad esempio J.A. SHARPE, *Such Disagreement between Neighbours*, in J. BOSSY (ed), *Disputes and Settlements, Law and Human Relations in the West*, Cambridge 1983, pp. 169-187, in particolare p. 173; R.B. SHOEMAKER, *Prosecution and Punishment. Petty Crime and the Law in London and Rural Middlesex, c. 1660-1725*, Cambridge 1991, pp. 134 ss.; B. LENMAN - G. PARKER, *The State, the Community and the Criminal Law in Early Modern Europe*, in V.A.C. GATRELL - B. LENMAN - G. PARKER (edd), *Crime and the Law: The Social History of Crime in Western Europe since 1500*, London 1980, pp. 11-48, in partcolare p. 21, con soltanto il 4% di sentenze presso la *Star Chamber* negli anni Trenta del XVII secolo; C. CLEMET, *Les délits ordinaires dans le Baillage de Châtillon-sur-Seine au XVIIIe siècle: L'exemple des litiges de voisinage*, in B. GARNOT (ed), *La petite délinquance du Moyen Âge à l'époque contemporaine*, Dijon 1998, pp. 145-152, in particolare p. 148, dove si concludono con una sentenza il 7,7% delle denunce.

[2] In proposito infine B. GARNOT, *Pour une histoire nouvelle de la criminalité au XVIIIe siècle*, in «Revue historique», 584, 1993, pp. 289-303, in particolare p. 293.

che sembravano importanti alle autorità che ipoteticamente guidavano le istituzioni giudiziarie.

Interpretazioni di questo genere furono addotte per la politica della giustizia francese fra il 1760 ed il 1770, con il passaggio dal perseguimento della violenza al perseguimento dei furti. Ondate di criminalizzazione e decriminalizzazione di determinati delitti si sono osservate con frequenza[3]. Le istituzioni giudiziarie appaiono in queste interpretazioni come strumenti di controllo sociale dall'alto facilmente manovrabili da parte delle autorità.

L'elevato numero di procedimenti che non si concludono con una sentenza si può tuttavia interpretare anche ponendo in primo piano la prospettiva del denunciante. Le querele non sottoposte a procedimento potrebbero essere indicative del fatto che il ricorso alla giustizia non serviva assolutamente a iniziare dei processi con lo scopo di portarli a termine. La querela si sarebbe intesa soltanto come una delle molteplici forme con cui si voleva chiarire con forza il proprio punto di vista ad un avversario con cui si litigava a livello extragiudiziario[4]. Il coinvolgimento di un tribunale sarebbe servito quindi come strumento utilizzato allo scopo di risolvere i conflitti privati solitamente attraverso l'elevazione al livello di un'autorità[5]. Le numerose azioni legali non portate avanti starebbero a significare che la popolazione utilizzava le istituzioni giudiziarie soltanto come mezzo supplementare di

[3] Cfr. «International Association for the History of Crime and Criminal Justice Bulletin» (d'ora in poi «IAHCCJ Bulletin»), 17, 1992-1993: *Processus de criminalisation et de décriminalisation / Processes of Criminalization and Decriminalization*; inoltre H. WUNDER, *«Weibliche Kriminalität» in der Frühen Neuzeit. Überlegungen aus der Sicht der Geschlechtergeschichte*, in O. ULBRICHT (ed), *Von Huren und Rabenmüttern. Weibliche Kriminalität in der Frühen Neuzeit*, Köln 1995, pp. 39-61, in particolare pp. 48 s.

[4] Cfr. anche B. KRUG-RICHTER, *Konfliktregulierung zwischen dörflicher Sozialkontrolle und patrimonialer Gerichtsbarkeit. Das Rügegericht in der Westfälischen Gerichtsherrschaft Canstein 1718/1719*, in «Historische Anthropologie», 5, 1997, pp. 212-228, in particolare pp. 225 ss.; in proposito precedentemente M. DINGES, *Der Maurermeister und der Finanzrichter. Geld, Ehre und soziale Kontrolle im Paris des 18. Jahrhunderts*, Göttingen 1994, p. 177; E. CLAVERIE - P. LAMAISON, *L'impossible mariage*, Paris 1982. G. SPITTLER, *Streitregelung im Schatten des Leviathan*, in «Zeitschrift für Rechtssoziologie», 1, 1980, pp. 4-32, in particolare pp. 23 e 27, ritiene addirittura che la conciliazione extragiudiziale possa fiorire proprio a causa delle insufficienti offerte di giustizia. Cfr. anche G. SÄLTER, *Lokale Ordnung und soziale Kontrolle in der frühen Neuzeit*, in «Kriminologisches Journal», 32, 2000, pp. 19-42.

[5] Sui tribunali di paese e sulla loro trasformazione funzionale nella prima età moderna cfr. H. WUNDER, *Die bäuerliche Gemeinde in Deutschland*, Göttingen 1986, pp. 93 s.; U. GLEIXNER, *Das Gesamtgericht der Herrschaft Schulenburg im 18. Jahrhundert. Funktionsweise und Zugang von Frauen und Männern*, in J. PETERS (ed), *Gutsherrschaft als soziales Modell*, München 1995, pp. 301-326.

quotidiano controllo sociale, per esempio di ammonimento o di autodifesa (violenta). La particolarità delle azioni legali iniziate presso un tribunale penale consisterebbe soltanto nell'evidenziazione della forma giudiziale[6]. Per le parti del conflitto in causa era irrilevante che il procedimento arrivasse ad una conclusione di tipo giudiziale. Se le intenzioni delle cause si valutano in questo modo, la domanda di giustizia diviene oggetto privilegiato della ricerca[7].

Definisco 'uso della giustizia' il rapporto che a quell'epoca le persone avevano con i tribunali. E per uso della giustizia si intende sia il ricorso alla giustizia, sia la forma della stessa. Le autorità giudiziarie, nel senso di questo ricorso, vengono considerate soltanto come un'offerta istituzionale, il cui contenuto è stato determinato dalla magistratura in maniera parziale. Il ruolo dei tribunali in effetti veniva definito anche dalla popolazione. Processi di appropriazione di questo genere[8] nel corso del tempo possono cambiare il carattere dell'istituzione quanto questa stessa può produrre la propria trasformazione, per esempio con riforme dell'ordinamento giudiziario[9]. In ogni caso gli utilizzi della giustizia sono significativi per caratterizzare come veniva percepita la funzione delle corti penali dalle popolazioni nella prima età moderna.

[6] Le definizioni e le possibilità di definire il diritto in generale e il diritto penale in particolare sono controverse; cfr. R. SCHOTT, *Rechtsethnologie*, in H. FISCHER (ed), *Ethnologie. Einführung und Überblick*, Berlin 1992, pp. 185-211, in particolare pp. 198 ss. Secondo S. ROBERTS, *Order and Dispute – An Introduction to Legal Anthropology*, Harmondsworth 1979, è determinante con quali mezzi, anche giuridici, si reagisce ai conflitti e come con essi si mantiene l'ordine.

[7] Cfr. anche W. SCHMALE, *Archäologie der Grund- und Menschenrechte in der Frühen Neuzeit. Ein französisch-deutsches Paradigma*, München 1997, p. 112, «Rechtsbedarf», pp. 184 ss., 239 ss.

[8] Il modello metodologico anche qui è l'uso di libri; R. CHARTIER, *Volkskultur und Gelehrtenkultur. Überprüfung einer Zweiteilung und einer Periodisierung*, in H.- U. GUMBRECHT - U. LINK-HEER (edd), *Epochenschwellen und Epochenstrukturen im Diskurs der Literatur- und Sprachhistorie*, Frankfurt a.M. 1985, pp. 376-388; cfr. infine con «appropriation» W. FRIJHOFF, *Foucault Reformed by Certeau. Historical Stretegies of Discipline and Everyday Tactics of Appropriation*, in «Arcadia. Zeitschrift für allgemeine und vergleichende Literaturwissenschaft», 33, 1998, pp. 92-108. Persino per le pene vale il fatto che la ricezione da parte del pubblico a cui ci si rivolge è determinante per il suo effetto sociale; si veda con esauriente rappresentazione delle modalità di ricezione D. GARLAND, *Punishment and Modern Society. A Study in Social Theory*, Oxford 1990, pp. 260 ss.

[9] M. PORRET, *Le crime et ses circonstances. De l'esprits de l'arbitraire au siècle des Lumières selon les réquisitoires des procureurs généraux de Genève*, Genève 1995, ha mostrato magistralmente come l'interpretazione del diritto penale possa modificarsi anche in modo strisciante con la sua codificazione.

Questa impostazione del problema schiude una serie di prospettive sistematiche ed empiriche, prima di tutto in merito alla diffusa convinzione che l'autorità che offre servizi giuridici condizioni anche la domanda. Riferendosi all'esempio della Spagna nel secolo d'oro, R.L. Kagan descrive un lungo periodo di evoluzione della giustizia castigliana, in cui, dopo una fase di più intenso uso della giustizia e di sviluppo istituzionale, innalzando in modo mirato la soglia di accesso, si era accresciuta la distanza fra la popolazione e la giustizia reale[10]. I fattori trainanti erano gli interessi politici della monarchia e successivamente delle città.

Il comportamento degli attori viene considerato una variabile indipendente. Anche nel confronto di W. Schmale fra la cultura giuridica della prima età moderna in Sassonia e in Borgogna si possono constatare molte limitazioni di prospettiva[11].

Se è vero che il suo punto di partenza è il bisogno di giustizia, il metro di valutazione è un'idea del progresso storico ispirata alla teoria della modernizzazione, che vede tale progresso in una graduale differenziazione funzionale diretta verso la moderna separazione dei poteri fra giustizia ed esecutivo. I frequenti conflitti fra la Sassonia e la Borgogna vengono trattati soltanto come «carenze del sistema», che tuttavia, con i frequenti processi contro le modalità di funzionamento dei tribunali, permetterebbero anche alla popolazione di partecipare alla negoziazione del loro statuto. Questo non emerge. Per quanto riguarda l'affermazione degli interessi giuridici della popolazione, l'ottica dell'acculturazione giuridica della popolazione e del «processo di professionalizzazione» della giustizia non costituisce una concettualizzazione sufficiente. Si sono già individuati per una serie di problemi vari usi collettivi della giustizia, mettendo in relazione concentrazioni di cause con gli interessi specifici dei rispettivi gruppi, per esempio per imporre una più severa morale sessuale prematrimoniale[12] o

[10] R.L. KAGAN, *Lawsuits and Litigants in Castile. 1500-1700*, Chapel Hill 1981, pp. 223, 227; R.L. KAGAN, *A Golden Age of Litigation: Castile 1500-1700*, in J. BOSSY (ed), *Disputes and Settlements*, cit., pp. 145-166, in particolare pp. 160 ss. A proposito della storia delle istituzioni cfr. J.L. DE LAS HERAS SANTOS, *La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla*, Salamanca 1991.

[11] W. SCHMALE, *Archäologie der Grund- und Menschenrechte*, cit., pp. 189 s.

[12] Cfr. infine F. KONERSMANN, *Kirchenregiment und Kirchenzucht im frühneuzeitlichen Kleinstaat. Studien zu den herrschaftlichen Grundlagen des Kirchenregiments der Herzöge von Pfalz-Zweibrücken 1410-1793*, Köln 1996, pp. 312 ss., in particolare p. 317, con rimando alle ricerche di Safley, Burghartz, Robisheaux; cfr. H.R. SCHMIDT, *Dorf und Religion. Reformierte Sittenzucht in Berner Landgemeinden der Frühen Neuzeit*, Stuttgart 1995, pp. 174 ss., con rimando alle ricerche di Becker, Simon, Maisch e Breit; cfr. S. BURGHARTZ, *Zeiten der*

una particolare politica per i poveri[13]. Gli attori determinavano in questi casi le *chances* di affermazione dell'autorità, in particolare per le campagne di moralizzazione[14]. Secondo il concetto di ordine sociale, quando vi era coincidenza fra le idee di ordine delle relative autorità e degli interessati, dal punto di vista delle finalità delle autorità, la giustizia funzionava bene[15]. Le autorità però avevano poche probabilità di affermare le loro idee laddove non vi fosse una coincidenza con gli interessi di gruppi influenti della popolazione[16].

L'ottica della funzionalità degli usi della giustizia a fini di ordine sociale riduce prematuramente l'analisi del rapporto fra la popolazione e la magistratura a riguardo di tale interrogativo nel suo complesso. Rimane aperto il discorso degli effetti sociali prodotti dall'uso della giustizia, che nelle singole fasi non corrispondono al *mainstream*. Le strategie individuali per risolvere i conflitti a livello extra-giudiziale, che sono la maggior parte delle attività volte a ricostituire l'ordine sociale, vengono rimosse.

Infine si sono analizzate alcune ondate di utilizzo della giustizia, per esempio a Londra e nel Middlesex, approssimativamente fra il 1660 ed il 1725, in relazione a certi reati (*misdemeanors*)[17]. Il confronto città-zona rurale di R.B. Shoemaker e la sua quantificazione sistematica permettono di definire con precisione il peso di una struttura di utilizzo della giustizia. Fra l'altro egli denuncia il calo di fiducia della popolazione nelle istituzioni giudiziarie,

Reinheit – Orte der Unzucht: Ehe und Sexualität in Basel während der frühen Neuzeit, Paderborn 1999; M.P.C. VAN DER HEIJDEN, *Huwelijk in Holland. Stedelijke rechtsspraak en kerkelijke tucht, 1550-1700*, Amsterdam 1998; M. INGRAM, *Church Courts. Sex and Marriage in England, 1570-1640*, Cambridge 1987, pp. 166 s.; B. TOLLEY, *Pastors and Parishioners in Württemberg During the Late Reformation 1581-1621*, Stanford 1995, p. 107.

[13] K. WRIGHTSON, *English Society 1580-1680*, London 1993[6], pp. 166 s.; K. WRIGHTSON - D. LEVINE, *Poverty and Piety in an English Village, Terling 1525-1700*, New York 1979, p. 182. Cfr. anche K. WRIGHTSON, *Two Concepts of Order: Justices, Constables, and Jurymen in Seventeenth Century England*, in J. BREWER - J. STYLES (edd), *An Ungouvernable People*, London 1980, pp. 21-46, in particolare p. 45.

[14] Cfr. *infra*, § 4.

[15] M. FRANK, *Dörfliche Gesellschaft und Kriminalität. Das Fallbeispiel Lippe 1650-1800*, Paderborn 1995, p. 356.

[16] Così già nel 1982 K. WRIGHTSON, *English Society 1580-1680*, cit., pp. 156, 166-171.

[17] R.B. SHOEMAKER, *Prosecution and Punishment*, cit., p. 6; sul maggiore spazio di azione dell'attore nella giustizia penale inglese si veda X. ROUSSEAUX, *Initiative particulière et poursuite d'office. L'action pénale en Europe (XIIe-XVIIIe siècles)*, in «IAHCCJ Bulletin», 18, 1993, pp. 58-92.

quindi uno scetticismo che prende il posto, a volte senza preavviso, di una fase di ottimismo nei confronti della giustizia[18].

L'attuale confronto tedesco-olandese suggerisce addirittura di relativizzare l'idea di una totale uniformazione, nel lungo periodo, delle condizioni della giustizia[19]. Nei Paesi Bassi si mantiene la tradizione di risolvere i problemi nella propria piccola entità sociale (vicinato, comune, comunità religiosa) prima di arrivare in tribunale[20]. Anche determinate forme di consulenza legale promuovono questa tendenza. Poiché l'ordine pubblico nei Paesi Bassi non funziona meno bene che nella Renania Nord-Vestfalia, ne consegue che la crescita della giustizia non è assolutamente identica ad un analogo aumento di ordine pubblico[21]. In una retrospettiva storica quindi non convincono più le valutazioni che nella maggioranza dei casi partono proprio da qui.

I risultati rappresentati inducono a considerare con maggiore precisione la giustizia dal punto di vista dei suoi fruitori. Non soltanto dal lato dell'offerente istituzionale, ma anche presso la popolazione agiscono fattori decisamente mutevoli a favore dell'ipotesi iniziale di un rapporto conti-

[18] R.B. SHOEMAKER, *Prosecution and Punishment*, cit., pp. 62 ss., 317 s.

[19] Più in generale per la prima età moderna e il XIX secolo cfr. anche R. LEVY - X. ROUSSEAUX, *Etats, justice pénale et histoire, bilans et perspectives*, in «Droits et société», 20-21, 1992, pp. 249-279, trad. it. *Stato, giustizia penale e storia: bilancio e prospettive*, in «Ricerche storiche», 25, 1996, 1, pp. 127-160; attuali risultati comparativi internazionali in C. WOLLSCHLÄGER, *Die Arbeit der europäischen Zivilgerichte im historischen und internationalen Vergleich. Zeitreihen der europäischen Zivilprozeßstatistik seit dem 19. Jahrhundert*, in E. BLANKENBURG (ed), *Prozeßflut? Indikatorenvergleich von Rechtskulturen auf dem europäischen Kontinent*, Köln 1988, pp. 21-114. E. BLANKENBURG - J.R.A. VERWOERD, *Prozeßhäufigkeiten in den Niederlanden und Nordrhein-Westfalen 1970-1984*, in E. BLANKENBURG, *Prozeßflut*, cit., pp. 257-333, in particolare pp. 260, 270, 273, 328 s.; E. BLANKENBURG, *Patterns of Legal Culture: The Netherlands Compared to Neighbouring Germany* (Duitsland Cahier 1), Universiteit van Amsterdam 1997.

[20] Questa tradizione continua ad essere favorita con offerte di consulenza prima del processo, cfr. E. BLANKENBURG - J.R.A. VERWOERD, *Prozeßhäufigkeiten*, cit., p. 322; infine, sulla funzione di controllo sociale del vicinato nei Paesi Bassi cfr. M. JACOBS, *Sociaal kapitaal van buren. Rechten, plichten en conflicten in Gentse gebuurten (zeventiende - achttiende eeuw)*, in «Volkskundig Bulletin», 22, 1996, pp. 149-177; H. ROODENBURG, *«Freundschaft», «Brüderlichkeit» und «Einigkeit»: Städtische Nachbarschaften im Westen der Republik*, in T. DEKKER et al. (edd), *Ausbreitung bürgerlicher Kultur in den Niederlanden und Nordwestdeutschland*, Münster 1991, pp. 10-24, in particolare pp. 17 s. E. BLANKENBURG - J.R.A. VERWOERD, *Prozeßhäufigkeiten*, cit., p. 273, indicano che oggi la tendenza a sporgere denuncia da parte delle grandi organizzazioni, quali gli enti dei trasporti pubblici nei confronti dei viaggiatori senza biglietto o dei supermercati nei confronti dei ladri, ha un notevole influsso sulle statistiche della criminalità.

nuamente variabile fra soluzioni giudiziali ed extra-giudiziali del conflitto. Questo dovrebbe valere soprattutto per i periodi in cui non esisteva ancora un sistema giudiziario compiuto con una precisa successione di istanze[22]. L'importanza delle forme non giudiziali di soluzione dei conflitti dovrebbe comunque essere presa in considerazione con maggiore attenzione nell'analisi della funzione della giustizia ai fini dell'instaurazione dell'ordine sociale. Il concetto del controllo sociale, qui considerato, tiene conto in uguale misura degli orientamenti orizzontali del controllo e di quelli verticali[23]. In questo senso esso corrisponde meglio ad una comprensione storica attenta alla storia sociale di quanto non avvenga con il concetto del «disciplinamento sociale»[24]. In senso stretto il controllo sociale viene inteso come «definizione di tutti i generi di comportamento deviante delle persone e della reazione agli stessi con una misura»[25]. In quest'ottica la società è quindi un processo continuo di reciproco controllo sociale, in cui le norme concorrono fra

[21] C. WOLLSCHLÄGER, *Die Arbeit der europäischen Zivilgerichte*, cit., p. 100.

[22] Sembrano esservi parallelismi con la prima fase di creazione degli USA. Cfr. A. STEINBERG, *Criminal Prosecution, Assault and the Decriminalization of Every Day Life in Nineteenth Century Philadelphia*, in «IAHCCJ Bulletin», 17, 1992-1993, pp. 66-80, in particolare p. 80.

[23] F. SACK, *Strafrechtliche Kontrolle und Sozialdisziplinierung*, in D. FREHSEE - G. LÖSCHPER - K.F. SCHUMANN (edd), *Strafrecht, soziale Kontrolle, soziale Disziplinierung* (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 15), Opladen 1993, pp. 16-45, ne fornisce una bella elaborazione. Per il quadro più attuale del dibattito sul controllo sociale cfr. S. SCHEERER - H. HESS, *Social Control: a Defence and Reformulation*, in R. BERGALLI - C. SUMNER (edd), *Social Control and Political Order*, London 1997, pp. 96-130, che si occupa anche delle opposizioni standard; cfr. anche M. DINGES, *Der Maurermeister und der Finanzrichten*, cit., pp. 174 s. e la bibliografia raccolta.

[24] Si veda a questo proposito il testo della relazione di W. FREITAG, «Historismus als moderne Sozialgeschichtsschreibung? Zu Gerhard Oestreichs 'Fundamentalprozeß' der Sozialdisziplinierung», sui difetti di nascita del concetto; sullo stato più recente del dibattito cfr. H.R. SCHMIDT, *Sozialdisziplinierung? Ein Plädoyer für das Ende des Etatismus in der Konfessionalisierungsforschung*, in «Historische Zeitschrift», 265, 1997, pp. 639-682. M. DINGES, *Normsetzung als Praxis? Oder, Warum werden die Normen der Sachkultur und zum Verhalten so häufig wiederholt und was bedeutet dies für den Prozeß der «Sozialdisziplinierung»?*, in G. JARITZ (ed), *Norm und Praxis im Alltag des Mittealters und der Frühen Neuzeit*, Wien 1997, pp. 39-53, in particolare pp. 40 s.; cfr. anche P. BLICKLE, *Gute Polizei oder Sozialdisziplinierung*, in T. STAMMEN - H. OBERREUTER - P. MIKAT (edd), *Politik - Bildung - Religion. Hans Maier zum 65. Geburtstag*, Paderborn 1996, pp. 97-107.

[25] Su questa definizione e sulla motivazione di questa interpretazione del concetto cfr. M. DINGES, *Der Maurermeister und der Finanzrichter*, cit., pp. 169 ss., 174 ss. La chiarezza della definizione e la trasparenza della misura devono essere entrambe assicurate per evitare un uso eccessivo del concetto; di diverso parere S. SCHEERER - H. HESS, *Social Control: a Defence and Reformulation*, cit., pp. 103 s.

loro e sono controverse. Per tale motivo è necessario rispettare sempre la molteplicità dei mezzi di controllo sociale al fine di integrare le offerte della giustizia nel *continuum* delle strategie della vita quotidiana[26]. È implicita la reversibilità dei processi di costituzione delle norme e delle sanzioni. Il presupposto ovvio della concezione di società posta alla base in questo caso è la disparità nella distribuzione delle risorse e delle opportunità dei protagonisti del controllo sociale. In quest'ottica, le seguenti riflessioni sono utili per individuare il valore della giustizia come mero strumento di reciproco controllo sociale e quindi per allargare il campo di una più ampia indagine sul controllo sociale.

2. *Autodifesa o ricorso alla giustizia?*

In linea di principio, non è assolutamente ovvio fare ricorso alle istituzioni giudiziarie per il controllo sociale. La maggior parte delle persone cerca dapprima di reagire ai comportamenti devianti direttamente[27] o di coinvolgere terzi come conciliatori. Inoltre, vi è sempre stata la possibilità, parzialmente tollerata, di farsi giustizia da soli con la violenza, che può essere a sua volta una forma fortemente ritualizzata di reazione a comportamenti devianti[28]. In caso di necessità si potevano mobilitare mediatori, per esempio nella cerchia dei parenti[29], fra i notabili del luogo o nelle fasce più basse del

[26] Questo è indicativo anche delle molteplici strumentalizzazioni delle corti, cfr. A. LANDWEHR, *Policey im Alltag, Die Implementation frühneuzeitlicher Policeyordnungen in Leonberg*, Frankfurt a.M. 2000, pp. 118 ss., 181, 256-259. Molto chiari in proposito G. HANAK - J. STEHR - H. STEINERT, *Ärgernisse und Lebenskatastrophen. Über den alltäglichen Umgang mit Kriminalität*, Bielefeld 1989.

[27] G. HANAK - A. PILGRAM, *Der andere Sicherheitsbericht*, in «Kriminalsoziologische Bibliographie», 18, 1991, pp. 1-277, in particolare pp. 237 ss. e 261 ss.; J.A. SHARPE, *Enforcing the Law in the Seventeenth-Century English Village*, in V.A.C. GATRELL - B. LENMAN - G. PARKER (edd), *Crime and the Law*, pp. 112-117; dello stesso autore, *Crime in Early Modern England 1500-1750*, London 1986², p. 78, sulle molteplici sanzioni informali. Sul non ricorso al tribunale anche in caso di gravidanza indesiderata cfr. E. LABOUVIE, *Andere Umstände. Eine Kulturgeschichte der Geburt*, Köln 1998, p. 53.

[28] Sulla vendetta cfr., ad esempio, R. VERDIER, *Le système vindicatoire. Esquisse théorique*, in R. VERDIER (ed), *La vengeance. Vengeance et pouvoir dans quelques sociétés extra-occidentales*, Paris 1980, pp. 11-42, in particolare pp. 24 ss., inoltre, nella stessa pubblicazione, studi di casi. Sull'accettazione della violenza cfr. M. DINGES, *Formenwandel der Gewalt in der Neuzeit. Zur Kritik der Zivilisationstheorie von Norbert Elias*, in P. SIEFERLE - H. BREUNINGER (edd), *Kulturen der Gewalt*, Frankfurt a.M. 1998, pp. 171-194.

[29] N. CASTAN, *Justice et repression en Languedoc à l'époque des Lumières*, Paris 1980; M. DINGES, *Der Maurermeister und der Finanzrichter*, cit., p. 297 ss.; B. KRUG-RICHTER,

clero[30]. I risultati della composizione di conflitti – anche relativi a fattispecie decisamente rilevanti ai fini penali – potevano essere fissati presso notai nei paesi in cui esisteva un notariato diffuso[31]. Ora si può definire con maggiore accuratezza, anche quantitativamente, l'importanza del ruolo che la conciliazione può avere per il giudice di pace in Inghilterra, dove fino a due terzi dei conflitti vedevano gli attori privilegiare una composizione informale a qualsiasi ulteriore formalizzazione. Questo accadeva spesso anche per reati che in realtà sarebbero stati di competenza delle corti[32].

Le vittime inglesi di reati all'inizio del Settecento non consideravano assolutamente ovvia una denuncia penale, ma puntavano su procedimenti solitamente extra-giudiziali che procuravano loro un risarcimento[33]. Di conseguenza, la maggioranza degli attori aveva un rapporto strumentale con la giustizia che poneva in primo piano la compensazione materiale degli interessi[34]. L'utilizzo delle istituzioni giudiziarie non permette di trarre la conclusione che vi fosse un'adesione a esigenze penali delle autorità. Spesso i tribunali venivano coinvolti soltanto per migliorare le proprie

Konfliktregulierung, cit., p. 220. Sul ruolo fondamentale della conciliazione nella giustizia penale urbana cfr. X. ROUSSEAUX, *Entre accomodement local et contrôle étatique: Pratiques judiciaires et non-judiciaires dans le règlement des conflits en Europe médievale et moderne*, in B. GARNOT (ed), *L'infrajudiciaire du Moyen Âge à l'époque contemporaine*, Dijon 1996, pp. 87-197, in particolare p. 99; sulle streghe cfr. R. WALZ, *Hexenglaube und magische Kommunikation im Dorf der Frühen Neuzeit*, Paderborn 1993, pp. 314 ss.

30 Cfr. in proposito i casi portati come esempi da J. QUÉNIART, *Recteurs et regulation sociale en Bretagne au XVIIIe siècle*, in B. GARNOT (ed), *Infrajudiciaire du Moyen Âge*, cit., pp. 231-239, in particolare p. 235; E. WENZEL, *Le Clergé diocésain d'Ancien Régime au coeur de l'infrajustice: l'exemple de la Bourgogne aux XVIIe et XVIIIe siècles*, *ibidem*, pp. 241-249, in particolare p. 248; C. CLÉMENS-DENYS, *Entre justice subalterne et infrajustice, les apaiseurs des Flandres des origines au XVIIIe siècle ou la conciliation au service de la cité*, *ibidem*, pp. 257-271.

31 Cfr. A. SOMAN, *L'infra-justice à Paris, d'après les archives notariales*, in «Histoire économie et société» 1, 1982, pp. 369-375; dello stesso autore si vedano inoltre, *Deviance and Criminal Justice in Western Europe, 1300-1800. An Essay in Structure*, in «Criminal Justice History», 1, 1980, pp. 3-28, in particolare pp. 13 ss., e *Justice et infrajustice en France (XVIe-XVIIe siècle)*, in B. GARNOT (ed), *Infrajudiciaire du Moyen Âge*, cit., pp. 77-85, in particolare p. 82. L'analisi della grande importanza di questa istituzione per le regolazioni extragiudiziali finora è soltanto in una fase iniziale.

32 R.B. SHOEMAKER, *Prosecution and Punishment*, cit., p. 55.

33 *Ibidem*, p. 316.

34 Cfr. in proposito i risultati sull'uso attuale della giustizia di E. BLANKENBURG, *Mobilisierung des Rechts. Eine Einführung in die Rechtssoziologie*, Berlin 1995, p. 27.

possibili soluzioni extra-giudiziali, privilegiate per principio[35]. Anche se la conciliazione fiorisce addirittura nelle metropoli come Parigi, Colonia o Londra, queste osservazioni si riferiscono soprattutto alle zone rurali[36]. Per spiegare questo risultato R.B. Shoemaker indica quattro motivazioni: nelle zone rurali vi era un numero maggiore di notabili riconosciuti come conciliatori; la mobilità era inferiore e quindi ci si poteva fidare maggiormente della parola di un opponente[37]; la pressione delle istituzioni giudiziarie superiori, perché in realtà venissero assolutamente trattati dall'istanza competente, sembra essere stata maggiore nelle città, dove giudici di professione e avvocati combattevano per la loro quota di mercato[38]; infine, sia in campagna, sia in città, si sembrano preferire le soluzioni stragiudiziali e i procedimenti semplificati per le persone meno abbienti[39].

[35] Sostiene una posizione più radicale N. CASTAN, *Justice et repression en Languedoc*, cit., p. 70, ritenendo che la funzione della legge non sia stata quella di consentire delle pene, ma quella di favorire, con la semplice presenza e il fatto di incutere paura, la disponibilità a raggiungere accordi.

[36] R.B. SHOEMAKER, *Prosecution and Punishment*, cit., p. 90. Il 38% dei casi di crimini di un giudice di pace cittadino negli anni 1730-1741 vengono composti in modo informale; cfr. M. DINGES, *Der Maurermeister und der Finanzrichter*, cit., p. 196; G. SCHWERHOFF, *Köln im Kreuzverhör. Kriminalität, Herrschaft und Gesellschaft in einer frühneuzeitlichen Stadt*, Bonn 1991, p. 87; R.B. SHOEMAKER, *Prosecution and Punishment*, cit., pp. 43 e 49; si vedano infine i lavori degli allievi pubblicati da F. BILLACOIS - H. NEVEUX, *Porter plainte: stratégies villageoises et institutions judiciaires en Ile-de France (XVIIe-XVIIIe siècles)*, in «Droit et Cultures», 19, 1990, pp. 7-142.

[37] Tuttavia, il risultato presentato da J. BOULTON, *Neighbourhood and Society. A London Suburb in the Seventeenth Century*, Cambridge 1987, p. 217, circa una mobilità nella parte meridionale di Londra non sostanzialmente superiore a quella nelle campagne mi sembra più significativo di Shoemaker, che – basandosi sulla teoria della modernizzazione – ipotizza che Boulton abbia trovato soltanto un caso eccezionale riferito a una città; cfr. R.B. SHOEMAKER, *Prosecution and Punishment*, cit., p. 92.

[38] R.B. SHOEMAKER, *Prosecution and Punishment*, cit., pp. 90 s.; X. ROUSSEAUX, *Entre accomodement local et contrôle étatique*, cit., pp. 99 s., sottolinea la corrispondente tendenza generale della giustizia – tuttavia soltanto in relazione ad atti di violenza – nel XVII e XVIII secolo, ma rimanda nel contempo a scissioni istituzionali, come in Francia fra i tribunali reali e la polizia urbana. Bisognerà attendere i risultati di ulteriori ricerche per potere valutare la reale importanza dell'incontestabile tendenza principale verso la soluzione della moltitudine di conflitti quotidiani. Sulle tendenze a reprimere le composizioni extragiudiziali in alcune regioni del regno e nelle zone rurali, si veda A. HOLENSTEIN, *Bauern zwischen Bauernkrieg und Dreißigjährigem Krieg*, München 1996, p. 23.

[39] Sui costi dei diversi procedimenti cfr. R.B. SHOEMAKER, *Prosecution and Punishment*, cit., pp. 117 ss. Già un primo passo procedurale, ossia la citazione di un oppositore dinnanzi a un giudice di pace con una garanzia, costava da un ottavo a un sesto del salario settimanale di un operaio londinese ingaggiato a giornata, un riconoscimento di colpa costava poi

A Londra la domanda di soluzioni informali esistente nelle fasce più povere portava poi ad un nuovo procedimento: ai giudici di pace si richiedevano, dietro modesto compenso, «riconoscimenti di colpevolezza», che, in caso di buona condotta dell'opponente, non venivano pubblicati. Con questa minaccia a basso costo si voleva raggiungere lo stesso scopo ottenibile con il più costoso riconoscimento di colpevolezza formale[40].

Nell'ottica dell'interazione fra attività della magistratura e procedimenti extra-giudiziali è degna di nota la promozione sociale di questi ultimi. I giudici di pace e i giudici stessi ritenevano che la loro attività di conciliatori favorisse il loro prestigio più di quanto questo non avvenisse per il loro ruolo di magistrati. La pace negoziata veniva apprezzata più di una sentenza[41], tanto è vero che in Inghilterra, nelle corti inferiori, quando non risultassero chiare le competenze, tutte le parti coinvolte spesso privilegiavano la conciliazione anche nel caso di delitti[42]. Le corti (nelle istanze inferiori) dedicavano molto più tempo per far ottenere una pace negoziata che per far rispettare 'la disciplina'[43]. Ad ogni modo i giudici inglesi presso le corti inferiori sollecitavano con caute pressioni la disponibilità delle parti a

rapidamente l'equivalente di un'intera giornata di lavoro. Qui si evidenzia nuovamente l'effetto deterrente di una giustizia costosa, che attraverso la soglia dei costi tiene tendenzialmente lontani una serie di problemi e di gruppi sociali. Dettagliatamente sui diversi costi che potevano insorgere nel corso del procedimento e sull'effetto deterrente per le vittime di furti, come sulla successiva riforma della giustizia del 1752 con l'assunzione dei costi per i poveri in caso di condanna dell'accusato, tuttavia soltanto in caso di «felonies», si veda J.M. BEATTIE, *Crime and the Courts in England 1660-1800*, Oxford 1986, in particolare pp. 41 ss.

[40] R.B. SHOEMAKER, *Prosecution and Punishment*, cit., p. 93.

[41] Cfr. H. ROODENBURG, *Reformierte Kirchenzucht und Ehrenhandel*, in H. SCHILLING (ed), *Kirchenzucht und Sozialdisziplinierung im frühneuzeitlichen Europa*, Berlin 1994, pp. 129-151, in particolare pp. 136 s.

[42] Questo è un interessante parallelo con il ruolo della previdenza comunale riformata, che puntava anche sul rafforzamento del potenziale di autodifesa; in merito cfr. M. DINGES, *Self-Help and Reciprocity in Parish Assistance*, in P. HORDEN - R. SMITH (edd), *The Locus of Care, Communities, Caring and Institutions in History*, London 1997, pp. 111-125, in particolare p. 120.

[43] Sui tribunali ecclesiastici cfr. H. ROODENBURG, *Onder censuur. De kerkelijke tucht in de gereformeerde gemeente van Amsterdam 1578-1700*, Hilversum 1990, pp. 131-134. In merito a questo tema e con riferimento al XIV secolo S. BURGHARTZ, *Disziplinierung oder Konfliktregelung? Zur Funktion städtischer Gerichte im Spätmittelalter, Das Züricher Ratsgericht*, in «Zeitschrift für Historische Forschung», 16, 1989, pp. 3, 85-407, in particolare p. 406; cfr. X. ROUSSEAUX, *Entre accomodement local et contrôle étatique*, cit., pp. 95 s.; cfr. anche C. AUDRAN-DELHEZ, «*A la force*». *S'efforcer d'approcher les archives criminelles des justices seigneuriales en Bretagne, (1515-1630)*, in B. GARNOT, *La petite délinquance du Moyen Âge*, cit., pp. 19-36, in particolare p. 30.

trovare un accordo[44]. Le istituzioni della giustizia favorivano anch'esse la soluzione dei conflitti al di fuori delle corti, rigettando le domande.

Ciò enfatizza ulteriormente l'aspetto di fondo del quesito, cioè ci si chiede se la sanzione penale sia di precipuo interesse della giustizia per principio o soltanto in caso di comportamento gravemente deviante. Di conseguenza bisognerebbe stabilire con maggiore precisione se, nella prassi routinaria di massa come «macchina della giustizia», per la giustizia penale si ponesse in primo piano veramente l'imposizione delle norme o se invece essa non vedesse, più che in passato, il suo compito nell'indurre la popolazione a esercitare un reciproco controllo sociale in modo indipendente[45]. In questo caso la giustizia si sarebbe considerata essa stessa un'istanza da utilizzare in via subordinata[46].

3. *Quale tribunale usare?*

Facendo ricorso a una corte si eleva sempre il controllo sociale a un livello formale[47]. Questo vale in particolare per la giustizia penale[48]. Senza

[44] R.B. SHOEMAKER, *Prosecution and Punishment*, cit., pp. 83 ss.; vi aveva già accennato B. LENMAN - G. PARKER, *The State, the Community and the Criminal Law*, cit., p. 21.

[45] In termini di strategia della ricerca questo è realizzabile soltanto se si analizza in parallelo, nel quadro di studi locali, l'attività di tutte le corti e istituzioni in termini di controllo sociale almeno inizialmente formalizzato; cfr. H.R. SCHMIDT - T. BRODBECK, *Davos zwischen Sünde und Verbrechen. Eine Langzeitstudie über die Tätigkeit der geistlichen und weltlichen Gerichtsbarkeit, (1644-1800)*, in «Jahrbuch der Historischen Gesellschaft von Graubünden», 127-128, 1997-1998, pp. 145-183. Nella letteratura giuridica del tempo ci si interroga se e in quale misura si debba rimandare tutta la popolazione o parti di essa alle proprie capacità di conciliazione, ma ciò richiederebbe una ricerca a parte. Tuttavia vi è una vasta letteratura che considera i frequenti processi come assai problematici, cosa che implicitamente va nella stessa direzione; si veda ad esempio R.L. KAGAN, *Lawsuits and Litigants in Castile*, cit., pp. 17-20, ricco di prove.

[46] Cfr. per il comportamento circa le denunce presso i tribunali penali per delitti minori (*Rügegerichten*) W. TROSSBACH, *Bauern 1648-1806*, München 1993, pp. 23 ss. In merito cfr. B. KRUG-RICHTER, *Konfliktregulierung*, cit., pp. 215 ss.

[47] Cfr. S. SCHEERER-HESS, *Social Control: a Defeance and Reformulation*, cit., pp. 113 s.

[48] Le parti civili vorrebbero fare valere diritti che, nel contatto diretto con i partners commerciali, quali acquirenti, locatari ecc. non riescono più a realizzare. I tribunali civili si attivano soltanto in seguito alla richiesta delle parti. Siccome le corti civili e commerciali hanno sempre funzionato così, qui l'indagine sugli utenti a fini di controllo sociale è poco significativa. Questo naturalmente non esclude che anche in quelle sedi non si trattino controversie importanti; cfr. W. SCHMALE, *Archäologie der Grund- und Menschenrechte*, cit.

addentrarsi ulteriormente nella difficile commistione di materie civili e penali all'inizio dell'epoca moderna, in seguito verrà considerata soltanto la «giustizia penale»[49]. Con questo termine – intenzionalmente non specialistico – definisco quelle istituzioni giudiziarie che avevano almeno anche una competenza riguardante le sanzioni penali. A causa della funzione parzialmente semi-penale dei tribunali matrimoniali e delle istituzioni di tutela del buon costume nei territori condizionati dalle chiese dei *Länder* del *Reich*, in seguito verranno prese in considerazione anche queste istituzioni[50]. Ai fini dell'interrogativo sull'uso della giustizia, è essenziale il fatto che vi fossero sovrapposizioni nell'offerta di regole e sanzioni, che i cittadini di allora sapevano molto bene come usare[51]. Erano al corrente del ruolo

[49] In proposito, infine, per esempio in merito a questo problema noto già per i contenziosi patrimoniali fin dal 1832, cfr. U. GLEIXNER, *Das Gesamtgericht der Herrschaft Schulenburg*, cit., p. 309. Offre un esempio urbano G. SCHWERHOFF, *Köln im Kreuzverhör*, cit., p. 33; sulla concreta commissione delle funzioni e sul «taroccamento» dei casi cfr. anche R.B. SHOEMAKER, *Prosecution and Punishment*, cit., pp. 129 ss., oppure N. ARNAUD-DUC, *La recherche des débiteurs de l'entretien des enfants abandonnés pendant l'Ancien Régime à Aix-en-Provence, ou comment détourner un texte répressif à des fins civiles*, in B. GARNOT (ed), *Infrajudiciaire du Moyen Âge*, cit., pp. 165-174.

[50] Discute i motivi sistematici per una distinzione delle due istanze H. SCHILLING, *«History of Crime» or «History of Sin»? – Some Reflections on the Social History of Early Modern Church Discipline*, in E.I. KOURI - T. SCOTT (edd), *Politics and Society in Reformation Europe*, London 1987, pp. 289-310. H. ROODENBURG, *Reformierte Kirchenzucht und Ehrenwandel*, cit., pp. 133 ss. con una comparazione europea. Della separazione dei poteri tratta M.P.C. VAN DER HEIJDEN, *Huwelijk in Holland*, cit., pp. 257 ss. Tuttavia, per esempio F. KONERSMANN, *Kirchenregiment und Kirchenzucht*, cit., pp. 189 ss., 193 ss., 308, 346 ss., 599, 604, dimostra che le delimitazioni fra le istanze evidentemente non erano sempre chiare nemmeno per i protagonisti stessi nelle istituzioni – per esempio nei contenziosi matrimoniali o in caso di sovrapposizioni con la polizia – come sarebbe auspicabile per i tentativi di sistematizzazione a posteriori. Anche U. RUBLACK, *Magd, Metz' oder Mörderin. Frauen vor frühneuzeitlichen Gerichten*, Frankfurt a.M. 1998, p. 61, riferisce di arbitrarietà dei comuni e delle assemblee di monaci per avocare a sé casi che istituzionalmente avrebbero dovuto essere trattati da tribunali cittadini. In merito si veda anche H.R. SCHMIDT - T. BRODBECK, *Davos zwischen Sünde und Verbrechen*, cit. Fenomeni simili sono stati osservati anche per l'Andalusia cattolica, cfr. J. CASEY, *Household Disputes and the Law in Early Modern Andalusia*, in J. BOSSY (ed), *Disputes and Settlements*, cit., pp. 189-217, in particolare pp. 214. Utilizzo parallelo di tribunali ecclesiastici e pubblici anche nel 1564 a Firenze in D. LOMBARDI, *Intervention by Church and State in Marriage Disputes in Sixteenth- and Seventeenth-Century Florence*, in T. DEAN - K.J.P. LOWE, *Crime, Society and the Law in Renaissance Italy*, Cambridge 1994, pp. 142-156, in particolare pp. 154 s.

[51] F. KONERSMANN, *Kirchenregiment und Kirchenzucht*, cit., pp. 333 s. Tuttavia, in entrambe le istituzioni vi erano in primo piano le funzioni civilistiche; cfr. G. SCHWERHOFF, *Köln im Kreuzverhör*, cit., p. 367, sulle radici storiche di tali sovrapposizioni. Non si porrà quindi «sin» sotto «crime», ma le intersezioni fra i due sistemi normativi e anche quelle del loro

funzionalmente equivalente della magistratura penale e della disciplina della Chiesa ai fini del controllo sociale. Tuttavia, in termini storici, si tratta di qualcosa che può riconoscere adeguatamente soltanto chi, per comprendere i processi storici, prende sul serio gli usi di quei tempi.

La popolazione poteva scegliere fra diverse istituzioni dotate di poteri sanzionatori ogni volta che diversi offerenti istituzionali si trovavano in concorrenza sugli stessi casi. Questo avveniva fra i tribunali ecclesiastici e quelli penali oppure fra diverse corti competenti, per esempio fra i tribunali di villaggio e quelli padronali di livello superiore[52]. E qui sembra esservi stata una preferenza per le istituzioni più facilmente raggiungibili[53], come peraltro venivano privilegiati i tribunali non diretti da giuristi[54].

Del ruolo speciale della «giustizia penale», da me derivato dalla sanzione penale, la popolazione del tempo era perfettamente conscia. In effetti B. Garnot ha constatato che la popolazione francese utilizzava di buon grado altri tribunali[55]. I processi civili più redditizi per i signori delle corti erano di più facile accesso rispetto alla fitta rete delle corti penali. In Francia la popolazione si teneva alla larga dai tribunali penali, perché temeva in certi casi l'incalcolabile brutalità[56] e l'imprevedibile meccanismo della giustizia

fondamento teorico-dogmatico indicano un'accezione di crimine d'impronta cristiana; l'importanza dell'ammissione come forma di confessione a causa dell'orientamento verso la salvezza dell'anima dell'attore vigeva anche presso le corti penali; il tentativo di reintegrare l'attore nella comunità con un'adeguata assistenza spirituale, che coincideva con gli scopi dei concistori e le prospettive di riconciliazione anche presso le istanze inferiori avrebbero dovuto essere prese maggiomente in considerazione; cfr. H. SCHILLING, *«History of Crime» or «History of Sin»?*, cit., p. 306.

52 R.B. SHOEMAKER, *Prosecution and Punishment*, cit., pp. 40 s. Oltre agli esempi sopracitati si ricorda anche la concorrenza, spesso di lungo periodo – nel Brandenburgo fino al XVIII secolo – fra i tribunali dei paesi e le corti patrimoniali; si utilizzava con maggiore frequenza il tribunale del paese, più vicino, rispetto alla corte patrimoniale che si riuniva soltanto raramente; cfr. U. GLEIXNER, *Das Gesamtgericht der Herrschaft Schulenburg*, cit., pp. 309 s.

53 B. KRUG-RICHTER, *Konfliktregulierung*, cit., p. 219.

54 R.L. KAGAN, *A Golden Age of Litigation*, cit., pp. 162 s.

55 B. GARNOT, *L'ampleur et les limites de l'infrajudiciaire dans la France d'Ancien Régime (XVIe-XVIIe-XVIIIe siècle)*, in B. GARNOT (ed), *Infrajudiciaire du Moyen Âge*, cit., p. 70

56 Anche se fa parte della dialettica della giustizia nella prima età moderna trattata da G. SCHWERHOFF, *Köln im Kreuzverhör*, cit., p. 443, l'oscillare fra massiccia minaccia di pena e la semplice pena esemplare. Cfr. R. HABERMAS, *Frauen und Männer im Kampf um Leib, Ökonomie und Recht. Zur Beziehung der Geschlechter im Frankfurt der Frühen Neuzeit*, in R. VAN DÜLMEN (ed), *Dynamik der Tradition*, Frankfurt a.M. 1992, pp.109-136, 128 ss.

penale[57]. Con l'intento di contenere il danno, all'inizio del Settecento per esempio, in Inghilterra la popolazione preferiva quelle istanze che non condannavano gli imputati alla reclusione, ma si limitavano a pene meno severe[58]. La popolazione sceglieva pragmaticamente le istituzioni che non erano in netto contrasto con la loro idea di giustizia, in modo da tenere aperta la possibilità di reinstaurare successivamente la pace[59]. Nella Francia sud-occidentale la minaccia di sanzioni più severe da parte della giustizia penale aveva portato addirittura a un aumento delle conciliazioni extragiudiziali[60]. Anche la coincidenza fra la concezione dell'ordine da parte di diversi gruppi della popolazione e da parte delle autorità era condizionato dal fatto che le corti applicassero soltanto sanzioni percepite come proporzionate.

A causa del forte divario di potere esistente nella giustizia penale nei confronti dell'imputato, è plausibile la riflessione di Garnot, secondo cui proprio nel campo dei problemi affrontabili a livello penale la popolazione aveva una maggiore propensione a risolvere i conflitti autonomamente[61]. Di conseguenza si può ritenere che l'esame degli utilizzi della giustizia nella sfera penale sia particolarmente interessante ai fini dell'analisi del controllo sociale in generale. Tuttavia, non si dovrebbe sopravvalutare l'importanza del consenso nelle società del passato. La giustizia penale veniva certamente coinvolta specificamente per finalità civilistiche. Dinnanzi alla minaccia dell'imminente esecuzione di una sentenza civile, ci sono attori che si assumono il rischio di una decisione in larga parte imprevedibile[62].

[57] Sulla distanza fra popolazione e giustizia cfr. l'interessante documentazione di W. HELM, *Obrigkeit und Volk. Herrschaft im frühneuzeitlichen Alltag Niederbayerns, untersucht anhand archivalischer Quellen*, Passau 1993, pp. 164, 170 ss.

[58] R.B. SHOEMAKER, *Prosecution and Punishment*, cit., p. 317, questo vale in particolare per le donne che sperano di raggiungere i loro scopi in altro modo.

[59] *Ibidem*, pp. 192 s.

[60] N. CASTAN, *Autorité familiale et criminalisation d'ordre public en France (XVIIe -XVIIIe siècles)*, in «IAHCCJ Bulletin», 17, 1992-1993, pp. 56-65, in paticolare p. 64. Così anche Y. CASTAN, *Criminalisation et ménagement des réglements brutaux des conflits*, *ibidem*, 17, 1992-1993, pp. 46-55, in particolare p. 5, anche in riferimento ai crimini violenti gravi.

[61] B. GARNOT, *L'Ampleur et les limites de l'infrajudiciaire*, cit., p. 70

[62] R.L. KAGAN, *A Golden Age of Litigation*, cit., p. 153. Sulle querele per ingiuria per difendersi dalle accuse di stregoneria cfr. G. GERSMANN, *«Gehe hin und verthedige dich! Injurienklagen als Mittel der Abwehr von Hexereiverdächtigungen. Ein Fallbeispiel aus dem Fürstbistum Münster*, in S. BACKMANN - H. J. KÜNAST et al. (edd), *Ehrkonzepte in der Frühen Neuzeit. Identitäten und Abgrenzungen*, Berlin 2000, pp. 237-269.

La difficoltà di accesso alla giustizia penale presenta una differenza importante di ciò che succede nelle zone rurali, a loro volta caratterizzate da forti differenze regionali, e di quanto avviene nelle città[63]. Se all'inizio dell'epoca moderna l'unificazione della giustizia penale aumenta con spinte e fasi successive, si notò però un permanere della pluralità delle sfere di diritto. Proprio in considerazione del lungo periodo di carenza istituzionale[64], vale la pena di approfondire la possibilità di scelta fra tribunali ed altre istituzioni, in quanto tale esame dovrebbe fornire ulteriori indicazioni sulle preferenze della popolazione.

4. *L'importanza del delitto per l'uso della giustizia*

Le precedenti riflessioni in merito al ricorso alla giustizia si possono precisare in modo esemplare rifacendosi all'indagine di Shoemaker sull'Inghilterra meridionale e su Londra. I suoi risultati evidenziano dapprima l'importante distinzione fra gruppi di delitti, ossia fra delitti e contravvenzioni. Per le *felonies* lo spazio dell'utente del sistema giudiziario era ristretto, perché qui prevaleva l'interesse pubblico a perseguire il reato. Lo spazio di azione della popolazione si riduceva in proporzione alla gravità del delitto o del reato; e qui la valutazione degli stessi nella legislazione penale potrebbe costituire il metro determinante.

[63] Anche oggi nelle zone rurali la tendenza ad adire le vie legali è complessivamente minore, cfr. C. WOLLSCHLÄGER, *Die Arbeit der europäischen Zivilgerichte*, cit., p. 48; R. LEVY - X. ROUSSEAUX, *Etat et justice pénale, un bilan historiographique et une relecture*, in «IAHCCJ Bulletin 14», 1991, pp. 106-131, in particolare p. 125. Sulla differenza fra condizioni regionali cfr. W. BEHRINGER, *Mörder, Diebe, Ehebrecher. Verbrechen und Strafen in Kurbayern vom 16. bis 18. Jahrhundert*, in R. VAN DÜLMEN (ed), *Verbrechen, Strafen und soziale Kontrolle*, Frankfurt a.M. 1990, pp. 85-132; B. ROECK, *Eine Stadt in Krieg und Frieden*, 2 voll., Göttingen 1989, I, pp. 251 ss.; II, pp. 738 ss.; C.A. HOFFMANN, *Strukturen und Quellen des Augsburger reichsstädtischen Strafgerichtswesens in der ersten Hälfte des 16. Jahrhunderts*, in «Zeitschrift des Historischen Vereins für Schwaben», 88, 1996, pp. 57-108; C. SCHMIDT, *Sozialkontrolle in Moskau. Justiz, Kriminalität und Leibeigenschaft 1649-1785*, Stuttgart 1996, pp. 394, 397.

[64] Qui è evidente il parallelismo con il dibattito sulla medicalizzazione, con la sua originaria fissazione sul trattamento medico. Invece di considerare insufficiente il servizio sanitario per scarsa densità di medici, si è ottenuto un quadro realistico del 'servizio' soltanto quando ci si è occupati delle cure in proprio e degli altri offerenti; cfr. S. SANDER, *Zur medizinischen Versorgung in der frühen Neuzeit oder, Die These von der Unterversorgung – eine schwarze Legende*, in S. HAHN - A. THOM (edd), *Ergebnisse und Perspektiven sozialhistorischer Forschung in der Medizingeschichte, Kolloquium zum 100. Geburtstag von Henry Ernst Sigerist (1891-1975)*, Leipzig 1991, pp. 70-80.

Tuttavia l'intensità del perseguimento dipende in modo decisivo dalla presenza di giudici impegnati a livello personale[65]. Chi era intenzionato a sporgere denuncia cercava giudici ben disposti. Da questo aspetto emerge l'importanza del «sistema non ufficiale», entro cui si trasmettevano informazioni sui giudici con i quali si avevano *chances* di successo in una causa[66]. Rispetto a ipotesi precedenti, che presupponevano un rapporto diretto fra le congiunture socio-demografiche, economiche e il numero delle denunce, Shoemaker dimostra che l'orientamento culturale individuale del denunciante e del giudice risulta statisticamente prevalenti. L'elemento che influenza in modo essenziale il prodursi di un procedimento penale rimane, anche in una costellazione caratterizzata da giudici disponibili, il comportamento di chi denuncia[67], che a sua volta è condizionato da tre ulteriori variabili: il genere di delitto, la persona dell'attore e la persona dell'indagato.

Il legame con il genere di delitto si esemplifica chiaramente nel caso della violenza. Lo stesso omicidio è differente a seconda se viene commesso nel Cinquecento a Roma, nel Settecento nel Massiccio Centrale in Francia oppure ai giorni nostri a Parigi[68]. Se nel XVI secolo il tasso di violenza nell'Europa meridionale è circa il doppio di quello a nord delle Alpi, pare che questo divario cresca ulteriormente nel Settecento e nell'Ottocento in seguito ad uno sviluppo in controtendenza nelle due parti del conti-

[65] R.B. SHOEMAKER, *Prosecution and Punishment*, cit., pp. 76 s., p. 79; J.M. BEATTIE, *Crime and the Courts in England*, cit., pp. 62 s.

[66] Il concetto di «sistema non ufficiale» proviene dalla sociologia della medicina, la quale definisce i protagonisti non professionali che pre-strutturavano il comportamento medico. Un'analoga applicazione al settore del diritto, in cui circolavano molteplici informazioni e suggerimenti al di fuori delle istituzioni professionali e dei servizi di consulenza, mi sembra sensata. È noto che vi erano anche istruzioni e manuali che informavano i profani sulle possibilità giuridiche, cfr. R.L. KAGAN, *Lawsuits and Litigants in Castile*, cit., p. 148.

[67] Cfr. anche H. SCHNABEL-SCHÜLE, *Überwachen und Strafen im Territorialstaat*, Köln 1997, p. 170 ss. Qui va sottolineata la scarsa importanza dei delitti iscritti d'ufficio e delle querele d'ufficio realmente presentate. G. SCHWERHOFF, *Köln im Kreuzverhör*, cit., p. 88, calcola per esempio che la percentuale dei procedimenti puramente accusatori a Colonia fosse soltanto dell'11,4%. A tale proposito cfr. X. ROUSSEAUX, *Inititative particulière et poursuite d'office. L'action pénale en Europe (XIIe-XVIIIe siècles)*, in «IAHCCJ Bulletin», 18, 1993, pp. 58-92, che in questo contesto indica come cresca la tendenza ad aggirare le corti, proprio perché i loro processi diventavano complicati.

[68] In proposito, un modello piuttosto lineare delle definizioni dei delitti X. ROUSSEAUX, *Ordre moral, justices et violence, L'homicide dans les sociétés européennes. XIIIe-XVIIIe siècle*, in B. GARNOT (ed), *Ordre moral et délinquance de l'Antiquité au XXe siècle*, Dijon 1994, pp. 65-82.

nente[69]. Inoltre si osservano diversi cambiamenti nella propensione alla violenza registrata nelle campagne e nelle città anche a nord delle Alpi[70]. Questa trasformazione della violenza, risultante da statistiche criminali, è indicativa dei cambiamenti intervenuti nella percezione della violenza[71]. In Francia, nel Massiccio Centrale, ancora nell'Ottocento non era scontato che si denunciassero gli omicidi. Spesso in quelle zone si considerava ancora il farsi giustizia da sé come il modo adeguato per difendere il proprio onore[72].

La violenza viene valutata in modo totalmente diverso da persone che agiscono in base ad un concetto di onore e da coloro che sono orientati verso un ordine pubblico garantito dalle forze di polizia. Quindi, la mancata denuncia di un omicidio è soltanto l'aspetto più evidente di un atteggiamento di reticenza nei confronti della giustizia, che nei reati di violenza minore era ancora più pronunciato. Gli atti di violenza venivano percepiti in modo notevolmente differente anche dalle vittime. Quindi anche per uno stesso delitto bisogna mettere in conto diversi atteggiamenti nei confronti della denuncia. Determinanti sono la soglia di tolleranza di un certo ambiente sociale e le finalità dell'attore, piuttosto che la gravità di un atto violento secondo la classificazione che ne dà il testo di legge[73]. Anche nel campo dei «delitti contro la morale» il fatto di causare una gravidanza extramatrimoniale che produce una prole illegittima, può non essere denunciato se l'ambiente circostante protegge le persone coinvolte[74], per esempio se

[69] P. BLASTENBREI, *Kriminalität in Rom 1560-1586*, Tübingen 1995, pp. 282 ss.; sull'Europa dell'est la letteratura disponibile in lingue occidentali e troppo poca. Sulla generale tolleranza della violenza vedi B. GARNOT, *L'Ampleur et les limites de l'infrajudiciaire*, cit., p. 75.

[70] N. CASTAN, *Justice et repression en Languedoc*, cit.; P. SPIERENBURG, *Lange termijn trends in doodslag*, in «Amsterdam Sociologisch Tijdschrift», 20, 1991, pp. 66-106; dello stesso autore, *Faces of Violence, Homicide Trends and Cultural Meanings, Amsterdam, 1431-1816*, in «Journal of Social History», 27, 1994, pp. 710-716.

[71] Cfr. a tal riguardo la proposta di P. SPIERENBURG, *Faces*, cit., e il dibattito in M. DINGES, *Formenwandel der Gewalt in der Neuzeit*, cit.

[72] E. CLAVERIE - P. LAMAISON, *L'impossible mariage*, cit. Esempi di tentativi di composizione extra-giudiziale in caso di omicidio in P.L. ROSSI, *The Writer and the Man. Real Crimes and Mitigating Circumstances, il caso Cellini*, in T. DEAN - K.J.P. LOWE, *Crime, Society and the Law in Renaissance Italy*, cit., pp. 157-183, in particolare pp. 167 s.

[73] Lo dimostra J.A. SHARPE, *Enforcing the Law*, cit., p. 110, con l'esempio dei reati contro la proprietà.

[74] U. GLEIXNER, *«Das Mensch» und «der Kerl». Die Konstruktion von Geschlecht in Unzuchtsverfahren der Frühen Neuzeit (1700-1760)*, pp. 183 ss.; sulle dicerie del paese come istanza preliminare cfr. R. SCHULTE, *Das Dorf im Verhör. Brandstifter Kindsmörde-*

la donna è stimata dalle altre donne come brava lavoratrice[75]. Inoltre, «un'opinione pubblica locale» decide secondo idee proprie quali sono i legami socialmente accettabili. Essa può condannare la persona interessata in anticipo oppure portare, con una denuncia, alla creazione di una fattispecie di reato[76]. In base alle percezioni culturali della prima età moderna quindi, più che i delitti, si troverebbero in primo piano la persona dell'attore e quella dell'indagato.

5. *L'importanza della persona dell'attore o dell'attrice ai fini dell'uso della giustizia, ovvero: chi utilizza attivamente la giustizia attraverso le denunce?*

Pare che da parte delle società vi sia la disponibilità a tollerare un certo grado di devianza sociale. Questa tolleranza può ridursi se sottoposta ad uno stress maggiore[77]. Di conseguenza, al di là dei singoli delitti, bisognerà

rinnen und Wilderer vor den Schranken des bürgerlichen Gerichts, Reinbek 1989, pp. 166 s.

[75] U. GLEIXNER, *«Das Mensch» und «Der Kerl»*, cit., p. 202, facendo riferimento al basso numero di querele per alimenti rispetto a quello dei procedimenti per atti di libidine, di nove volte superiore, sottolinea la grande importanza della regolamentazione autonoma a livello rurale degli alimenti per i bambini illegittimi. Questo desiderio di autoregolamentazione del paese è prevalente rispetto alle statistiche delle denunce (192), secondo cui per questo «delitto» gli interessi delle «autorità di polizia del buon costume» e quello del paese nel definire le responsabilità – per i casi non altrimenti regolabili – coincidevano come soluzione sussidiaria. Sulla verginità come categoria socialmente stabilita cfr. S. BURGHARTZ, *Rechte Jungfrauen oder unverschämte Töchter? Zur weiblichen Ehre im 16. Jahrhundert*, in K. HAUSEN - H. WUNDER (edd), *Frauengeschichte - Geschlechtergeschichte*, Frankfurt a.M. 1992, pp. 173-183.

[76] U. GLEIXNER, *«Das Mensch» und «der Kerl»*, cit., p. 176, utilizza il termine di «Dorfgericht»; sull'importanza delle dicerie per la denuncia cfr. anche E. LABOUVIE, *Zauberei und Hexenwerk. Ländlicher Hexenglaube in der Frühen Neuzeit*, Frankfurt a.M. 1991, p. 201; U. RUBLACK, *Magd, Metz' oder Mörderin*, cit., pp. 32 ss.

[77] Qui per le *chances* che le querele venissero accettate dalla giustizia bisognerebbe tuttavia tenere maggiormente in considerazione, come dimostrato, l'effetto filtro della libertà di decisione dei giudici, almeno come condizione limitante. La tesi dello stress è notoriamente uno dei filoni esplicativi dell'esplosione e della diffusione della persecuzione delle streghe: H. LEHMANN, *Frömmigkeitsgeschichtliche Auswirkungen der «Kleinen Eiszeit»*, in W. SCHIEDER (ed), *Volksreligiosität in der modernen Sozialgeschichte*, Göttingen 1986, pp. 31-50. Inoltre H.C.E. MIDELFORT, *Geschichte der abendländischen Hexenverfolgung*, in S. LORENZ (ed), *Hexen und Hexenverfolgung im deutschen Südwesten* (Ausstellungskatalog des Badischen Landesmuseums, Karlsruhe), Ostfildern 1994, 2, pp. 49-58; cfr. sulla tesi dello stress in relazione all'uso della giustizia K. WRIGHTSON - D. LEVINE, *Poverty and Piety in an English Village*, cit., p. 182; infine cfr. T. MANTECÓN, *Conflictividad y disciplinamiento social en la Cantabria rural del Antiguo Régimen*, Santander 1997, pp. 192, 204, 273.

considerare soglie di tolleranza variabili a seconda del contesto storico, regionale e locale, che non si sono assolutamente sviluppate in un'unica direzione[78]. Per esempio, verso la fine del Settecento potrebbe esservi stata una maggiore tolleranza nei confronti della violenza o dell'immoralità e un calo rispetto ai reati contro il patrimonio.

A fasi di tolleranza seguivano però fasi di preoccupazione per la sicurezza e per la morale pubblica oppure fasi di tensione socio-economica, che generavano una maggiore propensione a sporgere denuncia: si sviluppavano campagne di querele entro breve tempo quando le comunità si sentivano insicure a causa di gravi delitti rimasti insoluti, come successe a Parigi dopo l'affare Cartouche[79], oppure a Londra durante certe fasi di smobilitazione militare[80]. Questa forte propensione alla denuncia significa semplicemente che le società, mosse da attivismo persecutorio, considerano con sospetto un numero di persone maggiore del solito ed usano la giustizia principalmente per tranquillizzarsi[81]. Si collocano su un piano un po' differente le motivazioni nel quadro delle campagne di moralizzazione generate da gruppi religiosi[82]. Questi «virtuosi» secondo l'accezione di Max Weber, cercavano di imporre una vita «più cristiana» alla società circostante, perché erano convinti di potere assicurare soltanto in questo modo la salvezza loro e dell'intera società. In modo relativamente indipendente dalle varie confessioni, ma con maggiore diffusione negli ambienti calvinisti rispetto a quelli anglicani, luterani e cattolici, per un certo numero di anni quei gruppi hanno denunciato miratamente delitti quali l'ozio, i giochi pubblici, il consumo di alcolici, o il ballo, ritenuti particolarmente pericolosi[83].

[78] Questo vale anche per la percezione dell'insicurezza; cfr. l'introduzione a M. DINGES - F. SACK (edd), *Unsichere Großstädte? Vom Mittelalter zur Postmoderne*, Konstanz 2000.

[79] P. PEVERI, *«Cette ville était alors comme un bois ...». Criminalité et opinion publique à Paris dans les années qui précèdent l'affaire Cartouche (1715-1721)*, in «Crime, Histoire & Sociétés / Crime, History & Societies», 1, 1997, 2, pp. 51-73.

[80] R.B. SHOEMAKER, *Prosecution and Punishment*, cit., p. 250; anche le ondate di immigrazione verso le città che non infrequentemente favorivano la violenza potevano agire come stress; P. BLASTENBREI, *Kriminalität in Rom 1560-1586*, cit., p. 53 ss.

[81] Oggi una situazione di psicologia di massa del genere si definisce «panico morale», cfr. S. HALL, *Mugging, the State, and Law and order. Policing the Crisis*, London 1978.

[82] Bibliografia su questo movimento in Inghilterra in R.B. SHOEMAKER, *Prosecution and Punishment*, cit., p. 239.

[83] Per l'area cattolica bisogna pensare per esempio alle società segrete di ispirazione gesuitica in Francia, *ibidem*, p. 248. Dopo il perseguimento dei delitti contro la religione, questa campagna si è dedicata ai cambiamenti immorali nello stile di vita.

Gli attivisti religiosi, che spesso provenivano dalle fasce medie, cercavano appositamente giudici di pace, in modo da strumentalizzare il sistema giudiziario secondo i loro scopi[84], inducendo temporaneamente una pressione presso i tribunali londinesi[85]. Nelle aree di impronta calvinista, riformata o anglicana questi gruppi potevano rivolgersi in alternativa ai tribunali del buon costume[86]. In queste campagne l'atteggiamento nei confronti della denuncia è condizionato esclusivamente dal rigore della fede quale caratteristica della personalità dell'attore[87].

Infine bisogna distinguere un terzo tipo di ondata di denuncia, che non è il risultato di una campagna, ma scaturisce prevalentemente da tensioni socio-economiche e da trasformazioni profonde. Allora venivano denunciati con maggiore frequenza, soprattutto da parte di persone benestanti che detenevano posizione nell'ambito della corte, i reati connessi all'instaurazione di legami socialmente accettati, in quanto questi avrebbero dovuto garantire una successione ordinata. Questo riguardava in particolare i giovani, le donne sole e le vedove. Né prole indesiderata, né forestieri poveri dovevano pesare sulla locale cassa per i poveri. La giustizia veniva quindi utilizzata dalle classi locali alte, ed eventualmente medie, in modo strumentale per mantenere quell'ordine materiale che li privilegiava[88]. I risultati di Terling evidenziano tuttavia anche la possibilità che tale maggiore propensione a sporgere denuncia si riduca nuovamente in seguito alla ripresa economica del villaggio.

Oltre a queste ondate, vi sono anche altre motivazioni insite nella persona dell'attore che possono indurre o inibire in questa l'uso della giustizia. In

[84] *Ibidem*, p. 251. A Londra gli attori avevano nelle varie fasce una posizione lievemente superiore agli indagati.

[85] *Ibidem*, p. 245.

[86] Il quadro internazionale più attuale lo fornisce H.R. SCHMIDT in *Sozialdisziplinierung*, cit. In merito alle difficoltà di queste campagne si veda R. VON FRIEDEBURG, *Anglikanische Kirchenzucht und nachbarschaftliche Sittenreform, Reformierte Sittenzucht zwischen Staat, Kirche und Gemeinde in England 1559-1642*, in H. SCHILLING, *Kirchenzucht*, cit., pp. 153-183 e R.B. SHOEMAKER, *Prosecution*, cit.

[87] Producevano anche scarsi cambiamenti di comportamento, come risulta dai soggetti rilasciati dalle case di correzione, *ibidem*, pp. 192 ss.

[88] Si veda l'uso selettivo dei «Kirchenkonvente» da parte dei contadini benestanti nel cantone di Berna, i quali sceglievano soltanto una piccola parte delle finalità originariamente previste dagli inventori dei tribunali canonici; H.R. SCHMIDT, *Dorf und Religion. Reformierte Sittenzucht in Berner Landgemeinden der Frühen Neuzeit*, Stuttgart 1995, pp. 236 ss., 288 s., 354.

tutte le comunità rurali sembra comunque che soltanto pochi forestieri presentino denunce[89]. Con ciò si dimostra nuovamente che la giustizia penale era un risorsa utilizzata soltanto come ultima istanza a fini del controllo sociale. Evidentemente i rappaorti personali di vicinato e l'idea che si dovesse comunque continuare a mantenerli, erano condizioni necessarie per sporgere una denuncia. Per contro, questo non impedisce ai residenti di sentirsi disturbati dagli stranieri e di denunciarli per fare prevalere così le loro idee locali di ordine rispetto alle devianze. Rimane da chiarire in quale misura questo modello valga anche per le città, dato che qui stabilire chi è straniero è ancora più difficile che in campagna[90]. Vi è motivo di ritenere che, ai fini di un uso attivo della giustizia, la categoria dell'estraneità rispetto ad un luogo sia più interessante nelle zone rurali che nelle città.

È più determinante invece il fatto che la maggioranza di coloro che ricorrono alla giustizia penale – e la maggioranza dei denunciati – siano uomini. I turbamenti dell'ordine percepiti come gravi dall'opinione pubblica – secondo criteri indubbiamente legati ai sessi – e a cui si doveva rispondere con la forma costosa di un processo regolare, venivano quindi combattuti, ma anche causati dagli uomini[91].

Anche se in seguito si presentano notevoli eccezioni rispetto a questa constatazione iniziale, rimane importante il fatto che per le donne vi fossero evidentemente altre entità di controllo sociale, quali la famiglia, i vicini e il parentado, che avevano un'importanza maggiore di quanto l'avessero per gli uomini[92]. Proprio in una prospettiva di storia di genere diventa fondamentale l'esame di queste altre forme di controllo sociale da parte delle donne e sulle donne.

I confronti quantitativi dell'uso attivo della giustizia possono risentire delle distorsioni specifiche legate ai sessi, ma forniscono indicazioni importanti sulle opportunità e sugli ostacoli incontrati dalle donne nel fare valere i

[89] M. FRANK, *Dörfliche Gesellschaft und Kriminalität*, cit., p. 227.

[90] Si vedano in merito le mie riflessioni in M. DINGES, *Justiznutzungen als soziale Kontrolle*, cit., p. 526.

[91] Inversamente, sulle donne H. WUNDER, «*Weibliche Kriminalität*», cit., p. 43; sui dati statistici cfr. R. JÜTTE, *Geschlechtsspezifische Kriminalität im Späten Mittelalter und in der Frühen Neuzeit*, in «Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung», 108, 1991, pp. 86-116.

[92] La complementarietà delle agenzie di controllo sociale viene esaminata anche da T. MANTECÓN, *Conflictividad y disciplinamiento social*, cit., pp. 285 ss. e da M. FRANK, *Dörfliche Gesellschaft und Kriminalität*, cit., p. 234.

loro interessi attraverso il sistema della giustizia[93]. Queste constatazioni permettono di impostare con maggiore precisione l'indagine sul collegamento con le forme meno formalizzate di controllo sociale[94]. Dato che finora si è dedicata poca attenzione ai denuncianti, vi sono tuttavia poche statistiche sul sesso di chi sporge denuncia[95]. Le donne sembrano comparire più frequentemente come attrici man mano che ci si avvicina alla cosiddetta delinquenza minore, che indubbiamente in passato, essendo un fastidio quotidiano, aveva per il comune cittadino un'importanza maggiore di quanto il concetto giuridico non suggerisca con il termine «minore»[96]. Secondo dati raccolti a Parigi sul XVIII secolo, le donne, nelle questioni d'onore turbavano l'ordine soltanto in un caso su quattro, esercitavano un controllo sociale attraverso denunce in un caso su tre – quindi più spesso – e partecipavano a far luce sulla verità come testimoni in due casi su cinque – ossia con la massima frequenza[97]. Se questo modello distributivo sia significativo come ipotesi generale dell'uso della giustizia da parte delle donne, potrebbe essere soltanto provato da ulteriori ricerche[98].

[93] Una critica della statistica si trova anche in C. ULBRICH, *«Kriminalität» und «Weiblichkeit» der Frühen Neuzeit. Kritische Bemerkungen zum Forschungsstand*, in M. ALTHOFF - S. KAPPEL (edd), *Geschlechterverhältnisse und Kriminologie* (Kriminologisches Journal, 5. Beiheft), Weinheim 1995, pp. 208-220, in particolare pp. 208 s.; cfr. con considerazioni qualitative U. RUBLACK, *Magd, Metz' oder Mörderin*, cit., pp. 61 s.

[94] Cfr. J. KERMODE - G. WALKER, *Introduction*, in J. KERMODE - G. WALKER (edd), *Women, Crime and the Courts in Early Modern England*, London 1994, pp. 1-25, in particolare pp. 7 ss.

[95] Dato che in primo piano vi era la questione della criminalità (femminile), sia per le donne che per gli uomini veniva messo in evidenza in un certo senso il ruolo di «vittime della giustizia», cfr. F. BILLACOIS - H. NEVEUX, *Porter plainte*, cit. A differenza dal sesso dell'indagato – di cui in seguito – per G. SCHWERHOFF, *Köln im Kreuzverhör*, cit., p. 88, la carenza di conoscenza sulla provenienza dell'attore è «una delle più dolorose lacune informative». Cfr. però M. FRANK, *Dörfliche Gesellschaft und Kriminalität*, cit., p. 232, dove il numero degli uomini è superiore di otto volte e mezza; a p. 236, dove la scelta tiene conto della stratificazione sociale, il numero dei querelanti di sesso maschile è – forse per caso – soltanto cinque volte e mezza in più.

[96] Vi accenna H. WUNDER, *«Weibliche Kriminalität»*, cit., p. 52.

[97] M. DINGES, *Der Maurermeister und der Finanzrichter*, cit., p. 183 ss.

[98] Un profilo meno definito si trova in M. FRANK, *Dörfliche Gesellschaft und Kriminalität*, cit., p. 232, dove le percentuali sono: 11,5% di attrici, 10% di denunciate e 15,4% di donne testimoni. Sulla base dei suoi dati appare ovvia l'ipotesi che sulle cifre da me rilevate per i casi di ingiuria si rifletta il fatto che nei delitti connessi all'onore le donne – come risulta anche in Lippe – vengono denunciate più che in altri campi, p. 235; una quantità particolarmente elevata di donne coinvolte in questo ambito – tuttavia fra i denunciati – viene presentata anche a Tolone da K. LAMBERT, *La litigiosité feminine à Toulon au XVIIIe*

Le donne compaiono frequentemente come attrici soltanto nei casi di stupro, o in altri delitti, come ad esempio i maltrattamenti nel matrimonio[99]. Si sa tuttavia che nella dinamica di questo genere di conflitti anche le donne spesso diventano molto violente[100]. Gli uomini non sporgevano denuncia, ma picchiavano più forte. Data l'immagine maschile dominante, sporgendo denuncia si sarebbero esposti al dileggio come «smidollati»[101]. Al contrario, con denunce lacrimevoli le donne potevano spendere l'immagine socialmente desiderabile di loro stesse presso la giustizia maschile e trarne vantaggio[102].

siècle à travers les procès pour injures, excès, coups et blessures, in B. GARNOT (ed), *La petite délinquance du Moyen Âge*, cit., pp. 215-224, in particolare p. 218; sull'interpretazione dell'attività femminile in questo campo come criminalità familiare cfr. N. CASTAN, *La criminalité dans le ressort du Parlement der Toulouse. 1690-1730*, in A. ABBIATECCI - F. BILLACOIS (edd), *Crimes et criminalité en France sous l'Ancien Régime. 17e/18e siècles*, Paris 1971, pp. 91-107, in particolare pp. 93 s., che però sottolinea eccessivamente la strumentalizzazione delle donne da parte degli uomini. Sul particolare significato dei delitti d'onore per le donne cfr. anche S. ALFING, *Weibliche Lebenswelten und die Normen der Ehre*, in S. ALFING - C. SCHEDENSACK, *Frauenalltag im frühneuzeitlichen Münster*, Bielefeld 1994, pp. 17-185 e U. RUBLACK, *Magd, Metz' oder Mörderin*, cit., pp. 26, 28, 40, 47, 117, 125 s. Sugli aspetti dell'onore in relazione ai sessi cfr. M. DINGES, *Ehre und Geschlecht in der Frühen Neuzeit*, in S. BACKMANN - H.J. KÜNAST, *Ehrkonzepte in der Frühen Neuzeit*, cit., pp. 123-147; più in generale sull'uso attivo della giustizia da parte delle donne cfr. G. WALKER, *Women Theft and the World of Stolen Goods*, in J. KERMODE - G. WALKER, *Women, Crime and the Courts*, cit., pp. 81-105; si veda lo studio di J.A. SHARPE, *Women, Witchcraft, and the Legal Process*, *ibidem*, pp. 106-124; in R.B. SHOEMAKER, *Prosecution and Punishment*, cit., p. 286, in tutte le forme di denuncia, sia in città che in campagna le donne sono più presenti come attrici che come parte denunciata.

[99] Per la valutazione e il trattamento di questo delitto a quel tempo si veda A. FLETCHER, *Gender, Sex and Subordination in England 1500-1800*, New Haven 1995, pp. 193- 204.

[100] M.S. HONIG, *Verhäuslichte Gewalt. Sozialer Konflikt, wissenschaftliche Konstrukte, Alltagswissen, Handlungssituationen. Eine Explorativstudie über Gewalthandeln von Familien*, Frankfurt a.M. 1992; A. GODENZI, *Gewalt im sozialen Nahraum*, Basel 1996.

[101] Così anche D.W. SABEAN, *Property, Production, and Family in Neckarhausen, 1700-1870*, Cambridge 1990, p. 133.

[102] R. HABERMAS, *Frauen und Männer im Kampf um Leib, Ökonomie und Recht*, cit., p. 111. Peraltro, la violenza nel matrimonio, pur essendo prevista come possibile argomento, non aveva un peso particolare nelle sentenze di divorzio che, prevalentemente – di regola nei due terzi o tre quarti dei casi – venivano richieste dalle donne; cfr. R. PHILLIPS, *Untying the Knot. A Short History of Divorce*, Cambridge 1991, pp. 70 ss., 76, 78. Rileva una predominanza meno forte fra gli attori S. MÖHLE, *Ehekonflikte und sozialer Wandel, Göttingen 1740-1840*, Frankfurt a.M. 1997, pp. 85 s.; sul motivo della violenza e sui motivi per cui viene sottaciuta, *ibidem*, pp.122 ss.; anche i dati di T.M. SAFLEY, *Let No Man Put Asunder*, Kirksville 1984, p. 171.

La minore presenza femminile fra i denuncianti in tribunale ha diverse ragioni, che si possono definire come ostacoli all'uso della giustizia e specifici per il loro sesso. Per una serie di delitti l'uso invalso anche a livello civilistico di fare rappresentare la donna dal marito faceva sì che questi sporgesse denuncia al posto della donna[103]. Ma l'ostacolo più grave ai fini del poter iniziare una causa era la dipendenza economica[104]. Quindi una moglie che venisse percossa o che venisse truffata per venire privata dell'eredità doveva riflettere bene se denunciare il marito, titolare dell'«azienda familiare». Comunque, dopo la denuncia la donna può trovare sostegno da parte del tribunale contro il coniuge brutale[105]. Per quanto riguarda la tipologia dei reati, la dipendenza influiva soprattutto nel caso di aggressioni sessuali[106], per cui oltretutto le corti dimostravano scarso interesse[107]. Data la loro dipendenza, spesso le mogli utilizzavano la denuncia soltanto come deterrente, perché a causa delle scarse possibilità di accesso al mercato del lavoro[108]

[103] In proposito, ora anche molto più accessibile E. KOCH, *Die Frau im Recht der Frühen Neuzeit. Juritische Lehren und Begründungen*, in U. GERHARD (ed), *Frauen in der Geschichte des Rechts*, München 1997, pp. 73-93; sulla situazione giuridica delle denuncianti nel processo penale anche gli accenni in H. SCHNABEL-SCHÜLE, *Frauen im Strafrecht vom 16. bis zum 18. Jahrhundert*, *ibidem*, pp. 185-198, in particolare pp. 191 s.

[104] Questo vale anche per la «madre di famiglia che lavora», cfr. L. SCHORN-SCHÜTTE, *Wirkungen der Reformation auf die Rechtsstellung der Frau im Protestantismus*, in U. GERHARD (ed), *Frauen in der Geschichte des Rechts*, cit., pp. 94-104; S. MÖHLE, *Ehekonflikte und sozialer Wandel*, cit., pp. 145 ss. rappresenta la posizione di partenza più sfavorevole delle donne laureate, che a differenza delle artigiane non contribuivano in modo determinante al bilancio familiare; cfr. anche M. HUNT, *Wife Beating, Domesticity and Women's Independence in Eighteenth-Century London*, in «Gender & History», 4, 1992, pp. 10-33 e sull'argomentazione circa i motivi di separazione L. GOWING, *Domestic Dangers, Women, Words and Sex in Early Modern London*, Oxford 1996.

[105] Con un riepilogo sullo stato della ricerca H.R. SCHMIDT, *Hausväter vor Gericht. Der Patriarchalismus als zweischneidiges Schwert*, in M. DINGES (ed), *Hausväter, Priester, Kastraten. Zur Konstruktion von Männlichkeit in Spätmittelalter und Früher Neuzeit*, Göttingen 1998, pp. 208-231.

[106] M. CHAYTOR, *Husband(ry), Narratives of Rape in the Seventeenth Century*, in «Gender & History», 7, 1995, pp. 378-407; B.S. LINDEMANN, *«To Ravish and Carnally Know». Rape in Eighteenth Century Massachusetts*, in «Signs. Journal of Women in Culture and Society», 10, 1984, pp. 63-82.

[107] Ne fa una ricostruzione per casi del XIX secolo C.A. CONLEY, *The Unwritten Law. Criminal Justice in Victorian Kent*, Oxford 1991, pp. 86 ss.; per la situazione di fondo cfr. A. MEYER-KNEES, *Verführung und sexuelle Gewalt. Untersuchung zum medizinischen und juristischen Diskurs im 18. Jahrhundert*, Tübingen 1992.

[108] R. HABERMAS, *Frauen und Männer im Kampf um Leib, Ökonomie und Recht*, cit., pp. 128 ss.

non potevano avere interesse a che il sostegno economico principale subisse detenzioni prolungate. Insieme alle difficoltà di disporre di ingenti somme di denaro, questo dovrebbe essere il motivo dell'utilizzo di procedure più semplici e meno costose[109]. Tuttavia per l'Inghilterra vi sono notevoli differenze fra le donne attrici delle zone rurali e quelle delle città. Queste ultime, che spesso esercitavano una loro attività, erano nubili e quindi economicamente indipendenti, utilizzavano con maggiore frequenza i procedimenti legali[110]. Ma le ammissioni di colpevolezza comunque restavano il procedimento maggiormente utilizzato perché, motivato, secondo Shoemaker, dalla mancanza di denaro delle attrici. Le donne che avevano una loro attività utilizzano maggiormente la giustizia e i relativi procedimenti, anche i più duri[111].

Nonostante questa constatazione relativa a una grande metropoli europea, l'uso della giustizia, rispetto agli uomini, per le donne restava ancora un'opzione secondaria. Complessivamente, da queste indicazioni non si possono trarre conclusioni generalizzanti sull'effettiva tendenza delle donne a chiarire con un procedimento formale comportamenti che le disturbano. È comunque identificabile una serie di ostacoli specifici per l'uso della giustizia, che mettono in evidenza le diverse possibilità di agire degli uomini e delle donne in circostanze simili.

Per l'accesso alla giustizia la qualità corporativa e lo *status* dell'attore costituivano un fattore poco importante. Apparentemente spesso attore e indagato provenivano dallo stesso ceto[112]. Dal punto di vista dello *status* sociale agiscono come principale barriera al ricorso alla giustizia i già citati costi[113]. Le riduzioni delle tariffe possono portare a triplicare il numero

[109] R.B. SHOEMAKER, *Prosecution and Punishment*, cit., pp. 207 ss., 237.

[110] *Ibidem*, p. 211. Quindi il minore numero di cause intentate da donne non si spiega con una natura particolarmente pacifica delle donne, che ad un esame accurato si rivela un *cliché* storiografico. La loro quota sul totale delle querele formali si era raddoppiata fra il 1660 e gli anni Venti del secolo successivo, raggiungendo il 25% circa.

[111] Sulla nuova valutazione dei rapporti di lavoro nella prima età moderna si veda H. WUNDER, *«Er ist die Sonn', sie ist der Mond». Frauen in der Frühen Neuzeit*, München 1992, pp. 89-154; M.E. WIESNER, *Working Women in Renaissance Germany*, New Brunswick 1986; infine S. LORENZ-SCHMIDT, *Vom Wert und Wandel weiblicher Arbeit. Geschlechtsspezifische Arbeitsteilung in der Landwirtschaft in Bildern des Spätmittelalters und der Frühen Neuzeit*, Stuttgart 1998; K. SIMON-MUSCHEID, *«Was nutzt die Schusterin dem Schmied?» Frauen und Handwerk vor der Industrialisierung*, Frankfurt a.M. 1998.

[112] M. FRANK, *Dörfliche Gesellschaft und Kriminalität*, cit., pp. 228 s.

[113] Si veda in merito *supra*, § 2; cfr. inoltre J.A. SHARPE, *Enforcing the Law*, cit., pp. 110 s.

delle cause[114]. Questo fornisce dei parametri per misurare quanto in passato l'uso della giustizia sia stato ostacolato da motivi economici. Infine i giudici inglesi – in modo forse non atipico – consigliavano agli attori indigenti di investire il denaro in abiti per la famiglia piuttosto che in costose cause legali[115]. Così gli attori più poveri erano ostacolati nell'uso della giustizia, oltre che dai costi elevati anche dal disprezzo di certi giudici. I più poveri dovettero quindi sviluppare altre forme di controllo sociale[116].

6. *Contro chi si usa la giustizia? Ovvero, l'importanza del profilo del reo agli occhi di chi denuncia*

Negli ultimi vent'anni si è preso in esame principalmente il profilo sociale del destinatario del controllo sociale di diritto penale e quindi in merito si può essere brevi. Per tutti i reï vigono innanzitutto alcune soglie di tolleranza: soltanto il comportamento deviante ripetuto o grave portava alla denuncia[117]. Il presupposto per la tolleranza della comunità locale è la sua capacità di tenere in piedi l'ordine sociale anche in presenza di un certo grado di devianza. Questo è possibile soltanto facendo valere un codice di comportamento che garantisce una regolazione autonoma ed equa del comportamento deviante[118]. A tale scopo è fondamentale la parità di *chances*

[114] J.M. BEATTIE, *Crime and the Courts in England*, cit., p. 44; cfr. P. BLASTENBREI, *Zur Arbeitsweise der römischen Kriminalgerichte im späteren 16. Jahrhundert*, in «Quellen und Forschungen aus italienischen Archiven und Bibliotheken», 71, 1991, pp. 425-481, in particolare pp. 443 ss.

[115] R.B. SCHOEMAKER, *Prosecution and Punishment*, cit., pp. 312, 149.

[116] *Ibidem*, p. 202.

[117] R. WALZ, *Der Hexenwahn vor dem Hintergrund dörflicher Kommunikation*, in «Zeitschrift für Volkskunde», 82, 1986, pp. 1-18, in particolare p. 10, cita esempi di persone che per periodi da 20 a 40 anni erano state «chiacchierate». Dato che per la capacità di ricordare di solito si pensa al paese, ecco invece un esempio urbano, con il racconto delle storie pregresse, M. DINGES, *Der Maurermeister und der Finanzrichter*, cit., pp. 181, 288 ss.

[118] Queste idee di correttezza valgono anche nei rapporti di fiducia, per cui il furto in casa e da parte dei domestici allora veniva aborrito come particolarmente sleale. In proposito cfr. M. PORRET, *Les «circonstances aggravantes» du vol domestique dans la société de l'Ancien Régime selon les réquisitoires des procureurs généraux de Genève (XVIIIe siècle)*, in B. GARNOT, *Ordre moral et délinquance de l'Antiquité*, cit., pp. 295-302 e sulla pena O. ULBRICHT, *Zwischen Vergeltung und Zukunftsplanung. Hausdiebstahl von Mägden in Schleswig-Holstein vom 16. bis zum 19. Jahrhundert*, in O. ULBRICHT (ed), *Von Huren und Rabenmüttern*, cit., pp. 139-170, in particolare pp. 161 ss. Inoltre cfr. U. RUBLACK, *Magd, Metz' oder Mörderin*, cit., pp. 145-149; sulla situazione giuridica del lavoranti agricoli si veda R. DÜRR, *«Der Dienstbote*

nelle controversie. Di conseguenza un attacco insidioso, considerato un modo abietto di compiere un reato, viene denunciato[119]. Anche un residente in loco che non permette un equo svolgimento del conflitto all'interno della comunità locale deve mettere in conto il ricorso alle istituzioni esterne della giustizia[120]. Le soglie di tolleranza evidenziano la grande importanza della composizione indipendente dei conflitti nelle prime società dell'epoca moderna, ma anche i limiti della loro capacità di integrazione[121]. La capacità di autoregolazione della società rurale sembra presentare, come la grande città, evidenti limiti nei confronti degli stranieri, verso i quali si utilizzavano di preferenza le corti[122].

Anche nelle campagne di moralizzazione, anche per reati piccoli, venivano denunciati soprattutto rappresentanti degli strati inferiori, emigranti e anche donne giovani sole, arrivate in città di recente. L'età e il sesso sembrano spingere a intentare cause soprattutto contro le donne sole anziane, perché si ritiene che abbiano poche possibilità di difendersi[123]. Inoltre in Inghilterra spesso contro le donne si prevedevano procedimenti meno duri, e le sentenze erano sempre più miti[124].

ist kein Tagelöhner ...». Zum Gesinderecht (16. bis 19. Jahrhundert), in U. GERHARD, *Frauen in der Geschichte des Rechts*, cit., pp. 115-139.

[119] Cfr. B. LENMAN - G. PARKER, *The State, the Community and the Criminal Law*, cit., p. 15.

[120] Inoltre, questo sembra essere anche il motto dei poliziotti di paese non professionali in Inghilterra (Constables) fino ad Ottocento inoltrato; cfr. J.A. SHARPE, *Enforcing the Law*, cit., p. 108.

[121] J.A. SHARPE, *Crime*, cit., p. 82; M. FRANK, *Dörfliche Gesellschaft und Kriminalität*, cit., p. 227, la quota della popolazione dei lavoratori migranti è del 100%, ma corrisponde al 31% degli indagati (1778-1795).

[122] C. GAUVARD, *«De grace especial» Crime, Etat et société en France à la fin du Moyen Âge*, 2 voll., Paris 1991, 2, pp. 514 ss.; il capitolo seguente descrive la situazione iniziale nel tardo medioevo. R.B. SCHOEMAKER, *Prosecution and Punishment*, cit., pp. 118, 125 s., rileva una maggiore durezza nei procedimenti contro forestieri dato che senza una residenza durevole non vi erano sicurezze sul riconoscimento della colpa.

[123] Cfr. anche O. ULBRICHT, *Einleitung*, in O. ULBRICHT (ed), *Von Huren und Rabenmuttern*, cit., pp. 1-37, in particolare p. 14; E. CLAVERIE - P. LAMAISON, *L'impossible mariage*, cit., pp. 75-80, evidenziano tuttavia che gli anziani, soprattutto nelle famiglie più povere venivano vissuti come un peso e quindi oppressi anche dal punto di vista legale.

[124] R.B. SHOEMAKER, *Prosecution and Punishment*, cit., pp. 149, 213 ss.; sulla necessità di una ricerca sull'evoluzione di lungo periodo nelle sentenze cfr. O. ULBRICHT, *Einleitung*, in O. ULBRICHT (ed), *Von Huren und Rabenmuttern*, cit., pp. 11 s. Al dato euristicamente interessante di una pena più lieve si contrappone la persecuzione delle streghe, che ha visto come vittime quasi esclusivamente le donne e la tendenza a colpirle con particolare durezza

Lo *status* socio-economico di un avversario non ha alcuna influenza sull'uso della giustizia. Così gli accordi extra-giudiziali sono più funzionali e più facili con le persone solvibili, perché si prevede che possano realmente produrre un risarcimento[125]. Di conseguenza in Inghilterra spesso i poveri venivano accusati o erano oggetto di richiesta di invio in una casa di correzione. Era più facile accusarli, perché non potevano permettersi un'assistenza legale professionale[126]. Contro i poveri si applicavano i processi più duri e se venivano mandati in un istituto di correzione, a causa delle diverse imposte dovevano sostenere spese maggiori rispetto a quelle delle persone solvibili[127].

7. *Come vengono sfruttate le possibilità del procedimento?*

Dato che, la popolazione mantiene un rapporto strumentale con la giustizia, occorre aspettarsi che essa si comporti secondo una strategia[128]. Per quanto riguarda le pratiche di verbalizzazione, i danneggiati potevano presentare la loro denuncia oralmente oppure a uno scrivano esperto di diritto[129]. Nel caso di un tribunale lontano era possibile presentare querele in forma

non appena superavano i limiti di una deviazione, ancora accettata, stabiliti specificamente per il loro sesso.

125 R.B. SHOEMAKER, *Prosecution and Punishment*, cit., p . 118

126 T. MANTECÓN, *Conflictividad y disciplinamiento social*, cit., p. 368, ritiene che i processi potessero essere interessanti addirittura come investimento speculativo di denaro. R.L. AGAN, A *Golden Age of Litigation*, cit., pp. 155 s.

127 R.B. SHOEMAKER, *Prosecution and Punishment*, cit., p. 120.

128 Una storia forte è decisiva anche oggi; cfr. J. KÜRZINGER, *Private Strafanzeige und polizeiliche Reaktion*, Berlin 1978; K.F. SCHUMANN, *Aushandeln von Sachverhalten innerhalb des Strafprozesses*, in G. SOEFFNER (ed), *Interpretative Verfahren in den Sozial- und Textwissenschaften*, Stuttgart 1979, pp. 11-23; in proposito stimolanti considerazioni nell'ottica della teoria del potere si trovano in H.-G. HEILAND - C. LÜDEMANN, *Machtdifferentiale in Figurationen einfacher und höherer Komplexität. Eine Anwendung der Machttheorie von Norbert Elias auf Aushandlungen im Strafverfahren*, in «Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie», 44, 1992, pp. 35-54, qui pp. 37 s., 40; K.-D. BUSSMANN - C. LÜDEMANN, *Klassenjustiz oder Verfahrensökonomie. Aushandlungsprozesse in Wirtschafts- und allgemeinen Strafverfahren*, Pfaffenweiler 1995; cfr. anche H.W. SCHMITZ, *Vernehmung als Aushandeln der Wirklichkeit*, in F. KUBE et al. (edd), *Wissenschaftliche Kriminalistik 1*, Wiesbaden 1983, pp. 353-387.

129 Interessante dal punto di vista della storia sociale E.W. IVES, *The Lawyers of Pre-Reformation England. Thomas Kebell, A Case Study*, Cambridge 1983, manca una ricerca tedesca sulla prassi degli avvocati.

scritta, formulate dall'attore stesso oppure da terzi in grado di scrivere. Rimane da scoprire l'effetto che aveva la formulazione (non) professionale della querela sulle modalità di argomentare e sulle *chances* del processo in campo penale – anche se forse fra il XVI e il XVIII secolo sarà stato differente. In proposito potrebbe offrire risultati interessanti una ricerca analitica del discorso. Infatti nel caso di denunce presentate in tribunali che trattavano sia casi civili che casi penali, con un'abile stilizzazione degli eventi si poteva avere la scelta fra i tipi di procedimento. In tal modo anche conflitti in cui era stato sparso sangue potevano essere denunciati come casi civilistici. Sembra tuttavia che le vittime di reati gravi privilegiassero il procedimento penale, per promuovere la classificazione del conflitto ad un livello superiore[130].

Scegliere quando far incominciare ilproprio racconto del conflitto, era importante per un'efficace descrizione dei propri interessi[131]. In tal modo l'attore poteva influenzare notevolmente l'orientamento dell'istruttoria e lasciare la corte all'oscuro dell'effettivo motivo di fondo della denuncia. Era consigliabile presentarsi come cittadino amante della pace o donna debole[132]. Poteva essere utile anche dipingersi come persona in stato passionale o di ubriachezza, che aveva reagito soltanto per la necessità di difendersi[133]. A Parigi gli attori sottolineavano di essere stati spinti a sporgere querela, anche qui per evidenziare retoricamente il loro carattere pacifico e quindi la volontà di usare in fondo soltanto gli strumenti scelti personalmente per mantenere la pace, invece di coinvolgere le corti[134].

Ma le denunce sono giunte a noi soltanto in forma scritta[135]. Questa formulazione scritta cambiava la denuncia originale, perché scaturiva anche

[130] C. CLEMENT, *Les délits ordinaires*, cit., pp. 150 s.; C. AUDRAN-DELHEZ, «*A la force*», cit., p. 33; cfr. N. CASTAN, *Justice et répression en Languedoc*, cit., pp. 71, 77.

[131] M. DINGES, *Der Maurermeister und der Finanzrichter*, cit., p. 178. Da segnalare anche la ricerca sulle richieste di grazie e infine, con il massimo approfondimento C. GAUVARD, «*De grace especial*». *Crime, Etat et Société*, cit.; metodologicamente innovativa anche N. ZEMON DAVIS, *Der Kopf in der Schlinge. Gnadengesuche und ihre Erzähler*, Berlin 1988; attualmente svolge ricerche sulla grazia Mantecón in Spagna.

[132] M. DINGES, *Der Maurermeister und der Finanzrichter*, cit., pp. 74 s.; R. HABERMAS, *Frauen und Männer im Kampf um Leib, Ökonomie und Recht*, cit., p. 111.

[133] G. SCHWERHOFF, *Köln im Kreuzverhör*, cit., pp. 104 ss.; N. CASTAN, *Justice et répression en Languedoc*, cit.; M. DINGES, *Der Maurermeister und der Finanzrichter*, cit., pp. 75, 356.

[134] M. DINGES, *Der Maurermeister und der Finanzrichter*, cit., p. 181.

[135] Naturalmente questo vale anche per le denunce «verbali» presso i giudici di pace o i commissari di polizia.

dalle domande dello scrivano e dal colloquio sul procedimento, facendone derivare tagli e sistematizzazioni[136]. La cosa più importante fu l'introduzione nei testi di caratteristiche penalmente significative della fattispecie di reato. Soltanto in questo modo si formano racconti giuridicamente rilevanti, che davanti alla corte possono avere successo. La necessaria collaborazione fra lo scrivente – con le sue specifiche nozioni di diritto – e il denunciante fanno di queste fonti dei prodotti culturali misti. Certamente qui si dimostra l'abilità del denunciante, ma l'idea che vi si esprima il popolo è solitamente errata. Per ciascun tipo di denuncia e per ogni istituzione bisognerebbe invece ricostruire quali sono stati gli spazi di libera espressione verbale dei denuncianti. In tal senso questi testi sono indicati proprio come esempio classico di analisi del discorso; in particolare esse potrebbero mostrare le condizioni formatrive del discorso giudiziario[137] che, se da un lato consente soltanto determinate verità, dall'altro offre l'opportunità di dire cose che altrove non trovano espressione.

Nelle ulteriori occasioni d'incontro con la giustizia vi erano molte possibilità di rapportarsi ad essa. La più importante era la stragegia del rifiuto, con cui ci si sottraeva alla corte dal ruolo di indagato – cosa peraltro relativamente facile con l'organizzazione delle corti della prima epoca moderna[138]. Queste erano alternative addottate da gruppi mobili della popolazione, ma che quindi erano anche più frequentemente accusati. Se si restava in loco si poteva però essere puniti per mancata comparizione. La seconda alternativa è rappresentata dalla negazione del fatto. In un procedimento dipendente dalla confessione, tale negazione poteva pregiudicare notevolmente l'accertamento della verità[139]. Il condizionamento dei testimoni esercitava nella società d'inizio epoca moderna, caratterizzata da solidarietà elementari, un ruolo di difficile valutazione. Anche se di questi modi di procedere si ha

[136] La ricerca in merito ha descritto questi processi in modo molto differenziato, dimostrazioni *ibidem*, p. 88 ss.

[137] *Ibidem*, pp. 72 ss., 85 ss.

[138] Esempi in N. CASTAN, *Justice et répression en Languedoc*, cit.; cfr. inoltre M. MOMMERTZ, *«Hat ermeldetes Weib mich angefallen» Gerichtsherrschaft und dörfliche Sozialkontrolle in Rechtshilfeanfragen an den Brandenburger Schöppenstuhl um 1600*, in J. PETERS (ed), *Gutsherrschaft als soziales Modell*, cit., pp. 343-358, in particolare p. 355; W. HELM, *Obrigkeit und Volk*, cit., pp. 166, 168; gli spostamenti come strategia generale della limitazione di dominio hanno un ruolo importante soprattutto nell'Europa dell'Est; a riguardo, si veda C. SCHMIDT, *Sozialkontrolle in Moskau*, cit., pp. 62 ss., 155 ss., pp. 282 ss.

[139] Descrizione di comune menzogna concordata in S. GÖTTSCH, *«Alle für einen Mann ...». Leibeigene und Widerständigkeit in Schleswig-Holstein im 18. Jahrhundert*, Neumünster 1991, p. 89.

notizia soltanto quando vengono scoperti, si ha l'impressione che si tratti di una prassi diffusa[140].

Infine, in diverse fasi del procedimento si usufruiva della possibilità di chiedere la grazia. Già all'atto dell'arresto dell'autore del delitto da parte della polizia le persone autorizzate a farlo, come i parenti, il clero locale o i notabili, potevano intercedere per un malfattore per sventarne la detenzione[141]. Nell'ambito dell'interrogatorio dei testimoni poi vi era la possibilità di in fluire sul processo riferendo della reputazione locale dell'imputato[142]. La prassi della richiesta della grazia, diffusa fino alla fine della prima età moderna e che poi prosegue nella forma delle suppliche, deve essere presa anch'essa in considerazione come importante forma d'uso della giustizia[143]. Infine vanno ricordati anche i particolari tipi di procedimento, volti ad aggirare la giustizia penale, basati originariamente sul principio della grazia reale, che in Francia per esempio, sotto forma di richiesta di una *lettre de cachet* reale, aveva notevole importanza come alternativa al procedimento penale[144]. Come ultima *chance* dei condannati si segnala la contrattazione all'atto dell'esecuzione di una misura di pena già stabilita. Anche in proposito manca finora un lavoro di ricerca relativo alla prima età moderna. In ogni caso, uno studio sul tardo medioevo suggerisce l'ipotesi che anche per le epoche successive compaiano altre opportunità di uso della giustizia finora sottovalutate[145].

140 M. DINGES, *Der Maurermeister und der Finanzrichter*, cit., p. 302; B. KRUG-RICHTER, *Konfliktregulierung*, cit., p. 223.

141 Un esempio in M. DINGES, *Der Maurermeister und der Finanzrichter*, cit., p. 20.

142 U. GLEIXNER, «*Das Mensch*» *und* «*der Kerl*», cit.; come noto, una cattiva fama secondo la costituzione criminale carolina poteva essere considerata come indizio dell'aver compiuto il fatto; cfr. G. SCHWERHOFF, *Köln im Kreuzverhör*, cit., p. 110.

143 Infine ne fornisce prove significative U. RUBLACK, *Magd, Metz' oder Mörderin*, cit., pp. 50 s., 65, 87 ss., 97-101, 103, 127; esempi anche in G. SCHWERHOFF, *Köln im Kreuzverhör*, cit., 171 ss.; cfr. inoltre H. RUDOLPH, *Eine gelinde Regierungsart*, Konstanz 2000; A. BAUER, *Das Gnadenbitten in der Strafrechtspflege des 15. und 16. Jahrhunderts*, Frankfurt a.M. 1996, pp. 187 ss.

144 Per una massima facilità di accesso A. FARGE - M. FOUCAULT, *Familiäre Konflikte. Die* «*Lettres de cachet*», Frankfurt a.M. 1989; cfr. inoltre P. SPIERENBURG, *The Prison Experience*, New Brunswick 1992, pp. 223 ss.

145 P. SCHUSTER, *Eine Stadt vor Gericht*, Paderborn 2000; per contro, i termini di pagamento e il pagamento delle somme citate sembrano essersi affermati nella prassi zurighese delle ammende nella prima età moderna (ringrazio per questa segnalazione Fr. Loetz). Circa la necessità, particolarmente sentita dalle classi inferiori, di una prassi penale modificata, cfr. U. RUBLACK, *Frühneuzeitliche Staatlichkeit und lokale Herrschaftspraxis*

Complessivamente gli aspetti prospettati dimostrano che la giustizia offriva molteplici possibilità di appropriazione attiva per scopi propri e la facevano apparire più come arena per il conflitto fra interessi divergenti che come luogo di acculturazione o disciplina sociale[146].

8. *Come agisce e quale significato ha la giustizia per i conflitti?*

Il ricorso alla giustizia penale segnava, a livello sociale, una frattura e quindi, a differenza dalla lettura tradizionale, offerta dalla storia del diritto, non va visto automaticamente come strumento di pacificazione. L'inclusione della giustizia inizialmente ha l'effetto di acuire i conflitti. Tuttavia la frattura non era particolarmente profonda dato che ognuno avrebbe potuto sanarla autonomamente. Questo mostra l'enorme differenza fra denunce e sentenze. I querelanti, sottraevano molti conflitti al sistema della giustizia semplicemente accordandosi fra loro. A quel tempo la gente nella maggior parte dei casi voleva tornare a forme meno costose di risoluzione dei conflitti. Proprio l'uso massiccio e puramente strumentale della giustizia per rafforzare le proprie *chances* di composizione mostra il desiderio di esercitare il controllo sociale con la massima autonomia possibile. Una funzione pacificatrice della giustizia si ravviserebbe allora paradossalmente nel fatto che essa veniva utilizzata soltanto in modo accessorio. Il ricorso alla giustizia serve in ultima analisi nella maggior parte dei delitti denunciati,soltanto per evitarla e ristabiliare autonomamente la pace. Soltanto nella minoranza dei casi che si concludevano con una sentenza, la giustizia poteva agire in modo durevole concludendo o esasperando i conflitti.

L'effetto di pacificazione della giustizia non va sopravvalutato nemmeno in altre circostanze. I casi nei quali la denuncia penale serviva ad impedire l'esecuzione di una sentenza civile dimostrano che qui si utilizzava un ramo della corte per contrastare gli effetti decisivi dell'altro. I processi persi erano alla base di un settimo dei procedimenti per causa d'onore a

in Württemberg, in «Zeitschrift für Historische Forschung», 24, 1997, pp. 347-376, in particolare p. 375.

[146] S. RAPPE, *Schelten, Drohen, Klagen. Frühneuzeitliche Gerichtsnutzung zwischen «kommunikativer Vernunft» und «faktischem Zwang»*, in «Werkstatt Geschichte», 14, 1996, pp. 87-94, indecisa fra il modello di Jürgen Habermas del tribunale come luogo asettico e l'ipotesi di un interesse proprio degli abitanti dei villaggi. Cfr. con l'obiettiva valutazione dei giuristi odierni, K. LÜDERSSEN, *Abschaffen des Strafens?*, Frankfurt a.M. 1995, p. 29; K.F. SCHUMANN, *Der Handel mit Gerechtigkeit. Funktionsprobleme der Strafjustiz und ihre Lösungen*, Frankfurt a.M. 1977.

Parigi[147] da me studiati. Questo passaggio, da procedimenti giudiziari a comportamenti spesso di continua violenza, si è osservato anche altrove[148] e dimostra che i tribunali possono acuire la frattura sociale. Proprio i procedimenti giudiziari possono quindi accrescere nuovamente l'esigenza di altre forme di controllo sociale presso gli strati inferiori. Il ricorso alle corti ufficiali faceva parte di una linea continua di modi di agire che esercitanti un controllo sociale senza però che i contemporanei le considerassero una forma superiore di tale controllo. Gli ostacoli rispetto all'uso della giustizia che colpivano specificamente le donne e i poveri avevano anche «effetti secondari di potere» ai fini della composizione stragiudiziale[149].

Non potendo usare efficacemente la minaccia della giustizia[150], queste persone avevano minori *chances* di affermarsi nelle composizioni extragiudiziali.

9. *Che cosa rappresentano gli usi della giustizia per l'instaurazione della pace locale e la formazione dello Stato?*

Se ci si interroga sul significato degli usi della giustizia ai fini della valutazione del ruolo della giustizia penale nella formazione dello Stato nella prima età moderna, bisogna ovviamente guardare ai contesti in cui avviene tale appropriazione di istituzioni pubbliche. La prassi chiaramente identificabile di un uso molto autonomo della giustizia conferma i dati di altri settori giudiziari come la persecuzione delle streghe[151]. W. Rummel sottolinea che la popolazione, nelle sue denunce, si appropriava proprio del discorso delle streghe ispirato dalle autorità, ma nel contempo, con la scoperta di

[147] M. DINGES, *Der Maurermeister und der Finanzrichter*, cit., p. 178.

[148] E. CLAVERIE - P. LAMAISON, *L'impossible mariage*, cit., pp. 259, ma anche pp. 21 s.

[149] M. DINGES, *Négocier son honneur dans le peuple parisien au XVIIIe siècle, la rue, l'infrajudiciaire et la Justice*, in B. GARNOT (ed), *Infrajudiciaire du Moyen Âge*, cit., pp. 393-404, sottolinea per contro maggiormente la prospettiva degli utenti.

[150] La minaccia ad effetto rappresenta la differenza determinante rispetto a una minaccia piuttosto retorica, che si dovrebbe definire «fantasia di giustizia» cfr. M. DINGES - M. FOUCAULT, *Justizphantasien und die Macht*, in G. SCHWERHOFF - A. BLAUERT (edd), *Mit den Waffen der Justiz*, Frankfurt a.M. 1993, pp. 189-212.

[151] W. RUMMEL, *Bauern, Herren und Hexen. Studien zur Sozialgeschichte sponheimischer und kurtrierischer Hexenprozesse 1574-1664*, Göttingen 1991, in particolare pp. 161 ss.; precedentemente R. WALZ, *Der Hexenwahn*, cit.; cfr. anche E. LABOUVIE, *Zauberei und Hexenwerk*, cit., pp. 68 ss., 82 ss.; E. BIESEL, *Hexenjustiz, Volksmagie und soziale Konflikte im lothringischen Raum*, Trier 1997, p. 165, indica altri territori concomitanti.

altre streghe, perseguiva fini propri[152]. Simili passaggi ad usi diversi sono documentati, per esempio, nella Francia post-rivoluzionaria[153]. La storia della *dénonciation* dimostra l'abuso di tribunali e polizie speciali[154]. Nella resistenza dei contadini si alternano l'uso intenzionale della giustizia e della violenza, per sottrarsi in tal modo ad un ordine istituzionale percepito come ingiusto[155]. Anche i contadini e il potere signorile hanno combattuto a lungo, ad esempio in Sassonia, per le istituzioni giudiziarie[156].

Questi condizionamenti dal basso si manifestarono già presto nelle rappresentanze cetuali[157]. Recentemente lo studio delle suppliche ha evidenziato la portata della partecipazione dei sudditi all'applicazione della legge e indirettamente anche alla legislazione[158]. In Inghilterra nel XVII secolo le

[152] W. RUMMEL, *«Die Ausrottung des abscheulichen Hexerey Lasters». Zur Bedeutung populärer Religiosität in einer dörflichen Hexenverfolgung des 17. Jahrhunderts*, in W. SCHIEDER (ed), *Volksreligiosität in der modernen Sozialgeschichte*, Göttingen 1986, pp. 51-72; inoltre E. BIESEL, *Hexenjustiz*, cit., p. 164, riesce a ricostruire conflitti precedenti di altro genere che portarono alla definizione di strega.

[153] L. GWYNN, *La terreur blanche et l'application de la Loi Decazes dans le département du Gard (1815-1817)*, in «Annales historiques de la Révolution française», 1964, pp. 174-193, in particolare p. 175.

[154] H. RÖCKELEIN - G. JEROUSCHEK (edd), *Denunziation*, Tübingen 1997; sulla denuncia in periodi di pestilenze cfr. M. DINGES, *Pest und Staat. Von der Institutionengeschichte zur sozialen Konstruktion?*, in M. DINGES - T. SCHLICH (edd), *Neue Wege in der Seuchengeschichte*, Stuttgart 1995, pp. 71-103, in particolare pp. 79 s., nonché sul rifiuto dell'obbligo di denuncia p. 84; per la denuncia durante il nazionalsocialismo cfr. R. GELLATELY, *The Gestapo and German Society*, Oxford 1990.

[155] W. SCHULZE, *Bäuerlicher Widerstand und feudale Herrschaft in der frühen Neuzeit*, Stuttgart 1980; W. TROSSBACH, *Soziale Bewegung und politische Erfahrung. Bäuerlicher Protest in hessischen Territorien 1648-1806*, Weingarten 1987; dello stesso autore, *Raum, Zeit und Schrift. Dimensionen politisch-sozialen Handelns von Bauern in einigen Kleinterritorien (17. und 18. Jahrhundert)*, in J. PETERS, *Gutsherrschaft als soziales Modell*, cit., pp. 405-418.

[156] W. SCHMALE, *Archäologie der Grund- und Menschenrechte*, pp. 189 s.

[157] P. BLICKLE, *Landschaften im Alten Reich. Die staatliche Funktion des gemeinen Mannes in Oberdeutschland*, München 1975, rimane fondamentale per lo sviluppo del dibattito; cfr. W. TROSSBACH, *Bauern*, cit., pp. 79-87.

[158] Cfr. anche G. SCHWERHOFF, *Das Kölner Supplikenwesen in der Frühen Neuzeit. Annäherungen an ein Kommunikationsmedium zwischen Untertanen und Obrigkeit*, in G. MÖLICH - G. SCHWERHOFF (edd), *Köln als Kommunikationszentrum*, Köln 1999, pp. 473-496; A. WÜRGLER, *Desideria und Landesordnungen*, in P. BLICKLE (ed), *Gemeinde und Staat im Alten Europa*, München 1998, pp. 149-297 con il riepilogo di Würgler e il contributo di A. HOLENSTEIN, *«Gute Policey» und lokale Gesellschaft: Erfahrung als Kategorie im Verwaltungshandeln des 18. Jahrhunderts*, in P. MÜNCH (ed), *«Erfahrung» als Kategorie der Frühneuzeitgeschichte*, München 2001.

donne che presentavano petizioni erano riuscite ad imporre pensioni per le vedove di guerra che non erano assolutamente previste dal legislatore[159]. Nella prassi amministrativa dell'*ancien régime* le decisioni relative a casi singoli, influenzate da suppliche, erano tipiche della legislazione quanto gli ordinamenti (di polizia o regionali) pensati come orientamento decisionale[160]. I sudditi potevano quindi contribuire in modo rilevante alla definizione dell'ordine pubblico e di conseguenza non li si può considerare solo dei *subiecti*[161].

L'uso autonomo della giustizia penale si colloca perciò nell'ambito di una serie continua di possibilità di cui disponevano i sudditi della prima epoca moderna per negoziare le condizioni politiche[162]. In questo contesto lo Stato, quale importante e potente partner negoziale, è una dimensione ovvia[163]. È sorprendente soltanto che gli interrogativi riguardanti la repressione penale e la criminalità potessero dominare la ricerca sulla giustizia penale con tale

[159] G.L. HUDSON, *Negotiating for Blood Money, War Widows and the Courts in Seventeenth-Century England*, in J. KERMODE - G. WALKER, *Women Crime and the Courts*, cit., pp. 146-169.

[160] Cfr. L. SCHILLING, *Gesetzgebung im Frankreich Ludwigs XIII. – Ein konstitutives Element des Absolutismus?*, in «Ius commune», 24, 1997, pp. 91-131, in particolare pp. 98 ss.

[161] Questo nel senso di quanto suggerito da P. BLICKLE, *Deutsche Untertanen – ein Widerspruch*, München 1981.

[162] Cfr. quanto tratteggiato da M. DINGES, *Aushandeln von Armut in der Frühen Neuzeit, Selbsthilfepotential, Bürgervorstellungen und Verwaltungslogiken*, in «Werkstatt Geschichte», 10, 1995, pp. 7-15.

[163] L'esigenza di prendere sul serio la prospettiva quotidiana della gente di quel tempo come punto di partenza per fini storiografici e di considerare adeguatamente l'influenza esercitata dal basso nella descrizione degli sviluppi storici non è condivisa da Heinz Schilling. È meno manicheo il mio concetto di negoziazione che non l'esigenza di volere spingere all'assurdo la mia idea di trasformazione dello stato con concetti come «polarizzazione», «radicale», «emarginazione per principio» e, con una prova non pertinente, insinuare quanto segue: «Dinges ... condanna qualsiasi concetto che metta in conto un'influenza dello Stato». In effetti io parlo di «Massenmedien in Staatshand», così come nel mio modello della trattazione culturale delle pestilenze, l'«autorità» compare come uno dei quattro protagonisti. Su questa polemica superflua cfr. H. SCHILLING, *Disziplinierung oder «Selbstregulierung der Untertanen?»*, in «Historische Zeitschrift», 264, 1997, pp. 675-691, in particolare p. 677, e le relative dichiarazioni in H. SCHILLING., *Nochmals «Zweite Reformation» in Deutschland*, in «Zeitschrift für Historische Forschung», 23, 1996, pp. 501-524, in particolare p. 512, con la stessa prova non pertinente. Sul ruolo autoriflettente dello Stato legiferatore si veda, con riferimento al dibattito sul disciplinamento sociale, M. DINGES, *Normsetzung als Praxis*, cit. Nella critica dell'accentuazione statale, le riflessioni sulla disciplina dei costumi di H.R. SCHMIDT, *Sozialdisziplinierung*, cit., coincidono con le mie valutazioni.

forza, da far sì che le intenzioni e le pratiche dei fruitori finora venissero considerate in modo così poco sistematico.

L'esempio delle denunce invita comunque a interpretare la cultura giudiziaria dell'*ancien régime*, ora più che in passato, secondo il paradigma dell'«inculturazione», secondo cui fra i tribunali penali e la popolazione avvengono processi di reciproco apprendimento. L'acculturazione sottolinea invece eccessivamente la prospettiva elitaria e sottovaluta la partecipazione della popolazione al cambiamento della cultura della giustizia. Il concetto di «giuridicizzazione» sottolinea con troppa forza gli aspetti sistemici in una storia senza soggetti e considera troppo poco che i protagonisti storici – le autorità piuttosto che i sudditi – hanno dovuto prima imparare a muoversi con le istituzioni in via di costituzione. «Inculturazione» invece accentua la reciprocità dei processi di apprendimento e, attraverso il riferimento alla cultura, sottolinea anche la trasformazione sistemica. In questo senso, interrogarsi sugli usi della giustizia serve soprattutto a rintracciare euristicamente i campi da privilegiare nella ricerca su una tanto mutata accezione del sistema giudiziario penale e sui suoi effetti sociali, ossia le azioni e le percezioni della popolazione, che si sviluppano in condizioni limitanti, ma che nella loro consistenza hanno potuto esplicare un'azione decisamente strutturante. Ovviamente vale sempre il fatto che gli usi della giustizia si trovano in un rapporto di reciprocità con gli altri due campi di analisi della giustizia, ossia le logiche istituzionali e gli interessi di coloro che gestiscono i tribunali. Qui, dei tre approcci analitici nei confronti della giustizia, si intendeva evidenziare soltanto quello finora meno considerato. Rimane tuttavia escluso anche un altro tema importantissimo, ossia quello dell'immagine che la popolazione ha delle istituzioni giudiziarie[164].

10. *Conclusione*

Il risultato empirico rimanda ai limiti strutturali della funzione pacificatoria della giustizia. A causa della grande importanza di altre entità di controllo sociale, bisognerebbe esaminare, oltre ai tribunali penali, compresi i tribunali del buon costume[165], e alle altre istituzioni della giustizia, anche la casa,

[164] Accenni in proposito in J.A. Sharpe, *The People and the Law*, in B. Reay (ed), *Popular Culture in Seventeenth-Century England*, London 1988, pp. 244-270 e M. Dinges - M. Foucault, *Justizphantasien und die Macht*, cit.

[165] Cfr. *supra*, nota 50.

il vicinato[166], le corporazioni, le confraternite ecc. in microstudi paralleli circoscritti a una data località[167].

Le spiegazioni che considerano l'offerta di servizi giudiziali il movente decisivo della trasformazione storica della cultura del diritto, come peraltro quelle che vedono l'uso della giustizia essenzialmente in termini funzionalistici, come risultato dei processi di trasformazione socio-economici, devono essere modificate. Anche il concetto di ordine sociale sottovaluta la grande importanza delle capacità di autoregolazione quale filtro nella scelta della popolazione di usufruire delle corti. Se l'offerta di giustizia è costitutiva per la possibilità di utilizzarla, il tipo di uso dipende prevalentemente dal modo in cui la popolazione valuta le altre possibilità di controllo sociale. Di fatto essa utilizza i tribunali penali prevalentemente per migliorare le proprie *chances* di controllo sociale al di fuori delle corti. Inoltre, modula il suo uso della giustizia accuratamente in relazione al sesso, alle fasce di età, ai gruppi di *status* sociale, in relazione ai singoli delitti e agli autori degli stessi, a seconda della disponibilità o meno di altre forme di controllo sociale da privilegiare. Da queste riflessioni risulta che non si può comprendere adeguatamente l'evoluzione di lungo periodo del controllo sociale con teorie che pongono in primo piano l'offerta istituzionale e le sue evoluzioni interne. Dati empirici provenienti da altri paesi fanno ritenere che si debba dedicare maggiore attenzione alla prospettiva di chi fruisce della giustizia, che è l'unica a consentire una comprensione del valore del sistema giudiziario nel contesto sociale. Alla fine ne risulteranno linee di evoluzione della giustizia e del suo utilizzo decisamente differenti.

In un'ottica di lungo periodo, la particolarità della prima età moderna, di non disporre ancora di un sistema di giustizia strutturato con una successione completa di istanze, si dimostra meno insolita. Se è vero che questa scelta fra differenti istituzioni permetteva ai cittadini dell'epoca usi ancora più 'selvaggi' che nel XIX secolo, il dibattito sui cambiamenti del diritto penale dimostra chiaramente che la trasformazione formale delle entità di controllo sociale prosegue anche nel presente[168]. Inoltre in questo processo si osservano ricorrenti spinte alla criminalizzazione piuttosto che

[166] Sulla nuova valutazione cfr. C. LIS - H. SOLY, *Neighbourhood Social Change in West European Cities. Sixteenth to Nineteenth Centuries*, in «International Review of Social History», 38, 1993, pp. 1-30.

[167] Cfr. É. PÉLAQUIER, *Les chemins du contrôle social entre famille et communauté, le cas de Saint-Victor-de-la-Coste en Bas-Languedoc, au XVIIIe siècle*, in «Crime, Histoire & Sociétés / Crime, History & Societies», 1, 1997, pp. 29-50.

[168] K. LÜDERSSEN, *Abschaffen des Strafens?*, cit.

alla decriminalizzazione, che viene discussa, non ultimo, anche dal punto di vista dell'efficienza delle istituzioni penali. La deroga dell'intervento penale alla polizia, ai giudici civili, ai lavori socialmenti utili, al trattamento terapeutico e l'inclusione del controllo del vicinato nella strategia della polizia sono le attuali alternative istituzionali.

Nella prima età moderna si osservano da un lato tendenze di giuridicizzazione, nel senso di un aumento quantitativo dell'uso delle istituzioni giudiziarie; dall'altro, dati i tanti litigi estremamente piccoli che vengono risolti in tribunale, ci si può chiedere se in certe zone allora non finissero dinnanzi alle corti più problemi che al giorno d'oggi. Rimane determinante il fatto che nella maggior parte dei casi la denuncia penale presso il tribunale significa soltanto che non si vuole utilizzare questa istituzione fino ad arrivare ad una sentenza. Il concetto di giuridicizzazione, che registra soltanto la frequenza formale d'uso, è troppo vago dal punto di vista del contenuto. Comunque, laddove si manifesta, a un *trend* di giuridicizzazione di lungo periodo spesso fa seguito una fase di de-istituzionalizzazione[169]. D'altra parte – e questo per le prospettive della storia della criminalità mi sembra ancora più importante – si mantiene evidentemente l'alternativa funzionale fra uso della giustizia e altre forme di controllo sociale, che viene continuamente aggiornato a seconda delle necessità, in parte dagli utenti e in parte dalle istituzioni[170].

La questione dell'uso della giustizia come una delle forme di controllo sociale invita a collegare ricerche quantitative e qualitative in una nuova impostazione. Si vedrà poi se ne esce una tipizzazione di società dal punto di vista del controllo sociale e quali sono stati i cambiamenti di lungo periodo nel ruolo dell'uso della giustizia. In ogni caso la storiografia tedesca non è l'unica ad essere ancora molto lontana da una storia della costituzione dello Stato che tenga conto adeguatamente della domanda di controllo sociale proveniente dal basso[171]. L'instaurazione dell'ordine pubblico non

[169] Sembrano nutrire dubbi anche per il settore della giustizia penale B. LENMAN - G. PARKER, *The State, the Community, and the Criminal Law*, cit., p. 16, comunque nove decimi degli aumenti nel XVI e XVII secolo erano casi civilistici.

[170] Questo rappresenta un parallelo con l'alternativa, di recente elaborazione, fra diritto e rituale; cfr. H. DUCHHARDT - G. MELVILLE (edd), *Im Spannungsfeld von Recht und Ritual. Soziale Kommunikation in Mittelalter und Früher Neuzeit*, Köln 1997, VII.

[171] In proposito sono degni di nota i contributi al dibattito di J. PETERS (ed), *Gutsherrschaft als soziales Modell*, cit., pp. 438 ss., 442, 471-475. Cfr. anche J. SCHLUMBOHM, *Gesetze, die nicht durchgesetzt werden – ein Strukturmerkmal des frühneuzeitlichen Staates?*, in «Geschichte und Gesellschaft», 23, 1997, pp. 647-663.

è il risultato dell'offerta da parte delle istituzioni della giustizia, né una variante dipendente dallo stress socio-economico o demografico che spinge i gruppi di popolazione coinvolti a sporgere denuncia in tribunale[172]. Essa è piuttosto il risultato di una più complessa interazione di questi fattori con la loro valutazione da parte dei soggetti storici, che alla fine decidono se ricorrere alla giustizia oppure arrangiarsi da soli. I risultati dell'esame delle pratiche di controllo sociale attualmente in atto in Germania dimostrano quanto attuali siano queste considerazioni sull'uso della giustizia nella prima età moderna[173].

[172] Su questa insufficiente concettualizzazione cfr. H. THOME, *Modernization and Crime, What is the Explanation?*, in «IAHCCJ Bulletin». 20, 1995, pp. 31-48, in particolare p. 35.

[173] G. HANAK - J. STEHR - H. STEINERT, *Ärgernisse und Lebenkatastrophen*, cit.

IV
Prospettive / Ausblick

Construction et stratégies: le crime et la justice entre production politique et ressources communautaires

Quelques réflexions sur l'histoire du crime et de la justice en Europe médiévale et moderne

par *Xavier Rousseaux*

Mon regard sur les débats de ce colloque est celui d'un regard extérieur. Le regard extérieur aux sociétés 'germanique' et 'italienne' est celui d'un spécialiste de la justice et du crime dans les Pays-Bas bourguignons, espagnols et autrichiens, du XVe à la Révolution française.

Regard extérieur donc, mais proche, car j'étudie une société dont le système de régulation des conflits est décrit par les historiens du droit (surtout au XIXe siècle) comme un mixte entre un système coutumier d'origine germanique et une culture légale d'origine romano-canonique, dans une des zones de contact importante entre le monde latin et le monde germanique[1]. Je ne tenterai donc pas ic une comparaison entre l'historiographie «germanique» et l'historiographie italienne[2]. Je m'efforcerai de replacer les processus discuté au colloque dans le cadre d'une réflexion sur les évolutions de la justice et du crime en Europe occidentale, depuis l'émergence des cités-états, jusqu'à celle des Etats-nations[3].

[1] *La giustizia nell'Alto Medioevo: (secoli V-VIII)* (Settimana di studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, 42), Spoleto 1995; *La giustizia nell'Alto Medioevo: (secoli IX-XI)* (Settimana di studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, 44), Spoleto 1997; R. VAN CAENEGEM, *Criminal Law in England and Flanders Under King Henry II and Count Philip of Alsace* (Collection Studia historica Gandensia, 253), Gand 1982.

[2] G. SCHWERHOFF, *La storia della criminalità nel tardo medioevo e nella prima età moderna. Il 'ritardo' di un settore della ricerca tedesca*, in «Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento», 24, 1998, pp. 573-630; G. SCHWERHOFF, *Kriminalitätsgeschichte im deutschen Sprachraum. Zum Profil eines 'verspäteten' Forschungszweiges*, in G. SCHWERHOFF - A. BLAUERT (edd), *Kriminalitätsgeschichte. Beiträge zur Sozial- und Kulturgeschichte der Vormoderne*, Konstanz 1999, pp. 21-67.

[3] X. ROUSSEAUX, *Dalle cità medievali agli Stati nazionali: rassegna sulla storia della criminalità e della giustizia penale in Europa (1350-1850)*, in L. CAJANI (ed), *Criminalità, Giustizia penale*

Plus que la comparaison entre criminalité et justice dans les mondes germaniques et italiens, le débat du colloque a porté, selon mon sentiment, autour de deux approches du crime et de la justice.

La première est une approche politique davantage centrée sur les instruments idéologiques et juridiques permettant à des groupes dirigeants d'établir une domination. Cette approche centrée sur une histoire politique, juridique et institutionnelle renouvelée se retrouve dans nombre des contributions italiennes, mais aussi plus spécifiquement dans les contributions médiévales[4].

La seconde est une approche anthropologique davantage intéressée aux configurations sociales entre groupes et aux rapports conflictuels entre individus an plan local. Ce fut le cas des contributions allemandes, mais surtout à l'évidence des contributions «modernes»[5].

Le succès de ces deux approches dans l'historiographie de la justice et du crime ne repose pas simplement sur des choix idéologiques propres aux recherches ou des traditions historiographiques 'nationales'. D'une part, la période privilégiée dans l'étude: le XIIe-XIIIe siècle urbain en Italie du Nord, ou les XIVe-XVIIIe siècles ruraux dans l'Empire, et d'autre part les sources disponibles (statuti des villes et textes doctrinaux de juristes italiens, contre cas judiciaires issus des archives de juridictions urbaines, rurales ou territoriales) autant que les débats historiographiques en cours: renouveau de l'histoire politique et juridique en Italie, débat entre l'histoire sociale collective et l'anthropologie historique et culturelle en Allemagne[6], orientent la comparaison.

Ces deux approches ne paraissent pas incompatibles en soi et je voudrais plaider pour leur coopération autour des usages du crime et de la justice comme production du pouvoir et comme ressource communautaire ou sociale.

e ordine pubblico nell'Europa moderna, Milano 1997, pp. 11-53; C. EMSLEY - R. LEVY - X. ROUSSEAUX, *The Theory and Practice of Justice: Law, Norms, Deviance. Théorie et pratique de la justice: droit normativité, déviance*, in «Proceedings. 19th International Congress of Historical Sciences. Actes XIXe Congrès International des Sciences Historiques», Oslo 2000, pp. 155-176.

[4] Voir par exemple les contributions de A. Blauert et A. Zorzi.

[5] Voir les contributions de M. Bellabarba et M. Della Misericordia.

[6] On peut se demander dans quelle mesure les débats historiographiques sont nourris par les débats spécifiques à l'Italie et à l'Allemagne sur la forme et le rôle contemporains de l'Etat dans la régulation sociale.

Mon intervention se bornera à insister sur deux aspects complémentaires de la justice pénale, le crime et la justice comme production politique sous toutes ses formes, et le crime et la justice comme ressource régulatrice pour les communautés.

Par politique, j'entend un système hiérarchisé, volontaire et organisé de domination au moyen d'instruments 'étrangers' à la culture de la collectivité (par exemple le droit); par ressource communautaire, j'entend le système de régulation des conflits à base coutumière généré au cours du haut moyen âge au niveau local dans les villages et les cités[7].

1. *Le crime et la justice comme production de pouvoir*

Etudier le crime et la justice comme instrument de pouvoir suppose d'aborder la question dans la longue durée occidentale XIIIe-XIXe siècle telle qu'elle a été formulée dans divers débats[8]. Au delà des querelles entre partisans de l'un ou l'autre des grands noms qui symbolisent la réflexion macro-historique, les historiens de terrain constatent que les interprétations s'enchâssent pour former un arrière plan relativement éprouvé. A Max Weber, nous devons la formulation de la question pénale en termes d'hégémonie. La monopolisation de la violence légitime par l'Etat est un objectif de groupes dominants soucieux de développer un modèle de pouvoir légal-rationnel. La bureaucratisation du règlement des conflits et la juridicisation de la société en sont les moyens, établis durablement au moment où se constituent à la fin du XVIIIe siècle les Etats-nations ou nationaux. La justice y est, à côté des finances et de l'armée un des piliers sur lequel repose la coupole étatique de la société[9]. A Norbert Elias, nous devons l'interprétation

[7] Bruce Lenman et Geoffrey Parker parlent de «State» pour le premier et de «Community» pour le second, B. LENMAN - G. PARKER, G., *The State, the Community, and the Criminal Law in Early Modern Europe*, in V.A.C. GATRELL - B. LENMAN - G. PARKER, (edd), *Crime and the Law. The Social History of Crime in Western Europe since 1500*, London 1980, pp. 11-48; J.C.V. JOHANSEN - H. STEVNSBORG, *Hasard ou myopie? Réflexions autour de deux théories de l'histoire du droit*, in «Annales ESC», 41, 1986, 3, pp. 601-624.

[8] Voir X. ROUSSEAUX - R. LEVY (edd), *Le pénal dans tous ses Etats. Justice, Etats et sociétés en Europe (XIIe-XXe siècle)*, Bruxelles 1997; F. HAUVAUD, *Le sanglot judiciaire et la désacralisation de la justice (VIIIe-XXe siècle)*, Paris 1999.

[9] M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriß der verstehenden Soziologie*, Tübingen 1980; C. TILLY (ed), *The Formation of National States in Western Europe*, Princeton NJ 1975; C. TILLY, *Coercion, Capital, and European States, AD 990-1990*, revised edition, Cambridge MA 1992.

de l'aspect à la fois comportemental et individuel du processus. Le processus de civilisation des moeurs est au départ externe mais il s'accompagne d'un processus d'acculturation psychologique interne de l'homme occidental à une culture de la civilité et au rejet progressif des formes brutales de la violence[10].

A Michel Foucault enfin, les historiens sont redevables d'une analyse du pouvoir en terme de configuration conjointe de savoir et de pouvoir. Ainsi les techniques et les processus de disciplinarisation des corps sont à la fois des processus scientifiques et politiques[11].

De plus ajoutons dans l'historiographie allemande, les débats autour de formes occidentales et 'modernes' de la formation de l'Etat, en particulier la confessionalisation et la disciplinarisation sociale[12].Ces différents apports ou modèles macro-historiques sont utiles pour mesurer l'impact réel de plusieurs questions centrales du processus dominant: celui de la formation d'une forme de pouvoir marqué par la permanence de ses fonctions, indépendamment de son efficience concrète: l'Etat dont la légitimité ne repose plus sur un personnage charismatique ou une dynastie appuyée sur un réseau de clientèle à entretenir en permanence[13]. Cette question suppose de repérer:

a. les éléments structurels constitutifs du processus dominant: l'Etatisation de la justice;
b. les variations chronologiques et géographiques de ces processus en Europe.

a. Les structures élémentaires de l'étatisation de la justice

1. La première question porte sur l'émergence de cette forme originelle du pouvoir. Où et quand se forme la masse critique qui permet à la justice et à

[10] N. ELIAS, *Über den Prozeß der Zivilisation: soziogenetische und psychogenetische Untersuchungen*, 2 voll., Bern 1969²; R. MUCHENBLED, *L'invention de l'homme moderne. Sensibilités, moeurs et comportements collectifs sous l'Ancien Régime*, Paris 1988.

[11] M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la Prison*, Paris 1975.

[12] W. SCHULZE, *Gerard Oestreichs Begriff «Sozialdisziplinierung in der Frühen Neuzeit»*, in «Zeitschrift für Historische Forschung», 14, 1987, pp. 265-302; H. SCHILLING (ed), *Kirchenzucht und Sozialdisziplinierung im frühneuzeitlichen Europa*, Berlin 1994.

[13] R. LEVY - X. ROUSSEAUX, *Etats, justice pénale et histoire: bilans et perspectives*, in «Droit et Société», 20-21, 1992, pp. 249-279; trad. it. R. LEVY - X. ROUSSEAUX, *Stato, giustizia penale e storia: bilancio e prospettive*, in «Ricerche Storiche», 26, 1996, 1, pp. 127-160.

la régulation du crime de devenir une fonction 'publique'? D'une part dans les cités d'Italie du Nord où de nouveaux groupes de citoyens s'allient aux juristes des Universités pour développer un système stable et moderne[14]. On retrouve d'autre part, avec un siècle de décalage, le même processus dans les villes du Nord (en Flandre notamment)[15].

Dans l'Empire, le processus de cristallisation paraît cependant plus aléatoire. Les villes (Cologne, Zürich, Constance) développent à la fin du Moyen Age un modèle englobant de justice pour leurs citadins[16] tandis que certaines principautés territoriales émergent (Mayence). Le développement de la *policey* au XVIe siècle représente une tentative de construire une législation contribuant au contrôle social des populations[17]. Dans les Pays-Bas dits «Espagnols», sous la centralisation de Charles-Quint on assiste à un mouvement venu d'en haut. Dans le cadre de la lutte contre l'hérésie, la centralisation judiciaire, le succès d'une doctrine criminelle, d'origine romano-canonique (Damhouder), le développement d'un corpus normatif général, la généralisation de procédure écrite, et la criminalisation des conflits en matière religieuse, culturelle et morale font clairement partie d'un processus de construction étatique[18]. La *Constitutio Criminalis Carolina* et ses avatars en sont l'expression la plus nette[19].

[14] Voir la contribution d'A. Zorzi.

[15] X. ROUSSEAUX, *Kriminalitätsgeschichte in Belgien, den Niederlanden und Luxemburg, (14. bis 18. Jahrhundert)*, in G. SCHWERHOFF - A. BLAUERT, (edd), *Kriminalitätsgeschichte. Beiträge zur Sozial- und Kulturgeschichte der Vormoderne*, Konstanz 1999, pp. 121-159.

[16] S. BURGHARZT, *Disziplinierung oder Konfliktregelung? Zur Funktion städtischer Gerichte im Spätmittelalter: Das Zürcher Ratsgericht*, in «Zeitschrift für Historische Forschung», 25, 1989, pp. 385-407; S. BURGHARZT, *Leib, Ehre und Gut. Delinquenz in Zürich Ende des 14. Jahrhundert*, Zürich 1990; P. SCHUSTER, *Eine Stadt vor Gericht. Recht und Alltag im spätmittelalterlichen Konstanz*, Schöningh 2000.

[17] M. STOLLEIS - K. HÄRTER (edd), *Policey im Europa der Frühen Neuzeit,* Frankfurt a.M. 1996; K. HÄRTER (ed), *Policey und frühneuzeitliche Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 2000.

[18] X. ROUSSEAUX, *'Sozialdisziplinierung', Civilisation des mœurs et monopolisation du pouvoir. Eléments pour une histoire du contrôle social dans les Pays-Bas méridionaux, 1500-1815*, in H. SCHILLING - L. BEHRISCH (edd), *Institutionen, Instrumente und Akteure sozialer Kontrolle und Disziplinierung im Frühneuzeitlichen Europa/Institutions, Instruments and Agents of Social Control and Discipline in Early Modern Europe* (Ius Commune, Sonderheft, 127), Frankfurt a.M. 1999, pp. 251-274.

[19] J.H. LANGBEIN, *Prosecuting Crime in the Renaissance: England, Germany, France*, Cambridge MA 1974; J.H. LANGBEIN, *Torture and the Law of Proof. Europe and England in the Ancien Regime*, London - Chicago 1977; M. VAN DE VRUGT, *De criminele ordonnantiën van 1570. Enkele beschouwingen over de eerste strafrechtcodificatie in de Nederlanden*, Zutphen 1978.

2. La question des acteurs principaux de la construction. Ces processus sont portés et menés par des groupes sociaux différents. Marchands et artisans urbains et juristes princiers mettent fin à l'hégémonie des seigneurs pillards au XIVe-XVe siècle[20]. Au XVIe siècle, les juristes impériaux ou royaux rognent les privilèges des oligarchies urbaines. Enfin, à la fin du XVIIIe siècle en France, parlementaires et avocats de province se dressent contre la sclérose monarchique[21]. A noter que les cours supérieures et leur personnel jouent un rôle politiquement important pour développer un espace de médiation entre l'absolutisme aristocratique et le communautarisme paysan tout au long des temps modernes.

3. Se greffe ici la question de l'extension territoriale du pouvoir. Pour accuser le trait, on peut dire que la «modernisation» du pouvoir au XIIe-XIIIe siècle se fait dans la promotion d'un modèle urbain spatialement concentré contre les grandes structures «latifundiaires» héritées du haut moyen-âge. Le pouvoir y est vectorisé sur un modèle d'autonomie urbaine: collégialité oligarchique, influence des réseaux familiaux, proximité géographique des protagonistes (face-à-face). Le territoire est défini comme l'extension de la ville aux dimension d'un vaste hinterland[22].

Les constructions étatiques de la fin du XVe siècle (Angleterre et France, et Bourgogne, Espagne ...) suivent davantage un modèle de principauté territoriale, fondée sur une concentration du pouvoir dans la figure d'un prince ou d'un monarque, et du développement d'un territoire fondé sur des frontières conflictuelles et un réseau de points d'appui: villes intégrées ou forteresses soumises, en particulier sur les frontières.

Enfin, vers le XVIIIe siècle ces constructions territoriales aboutissent à des Etats 'franchement' monarchiques sur le modèle centre/périphérie intégrée/frontière (France/Angleterre, Espagne), alors que d'autres constructions territoriales ont échoué (le grand duché d'Occident de Philippe le Bon ou l'unification politique du Saint-Empire). C'est alors que, sans vouloir absolutiser le modèle de la Révolution française, intervient au cours de cette dernière une cristallisation nouvelle: celle qui unifie les populations

[20] Voir la contribution d'A. Blauert.

[21] S. MAZA, *Vies privées, affaires publiques. Les causes célèbres de la France prérévolutionnaire*, Paris 1997, ed. orig. *Private Lives and Public Affaires: The Causes Célèbres of Prerevolutionary France*, Berkeley CA 1993.

[22] X. ROUSSEAUX, *Taxer ou châtier? La justice pénale entre ville et Prince. Nivelles en Brabant 1350-1550*, Bruxelles, à paraître.

dans un territoire homogène (la République une et indivisible), où la justice est un instrument de l'Etat dans son projet universaliste d'une justice articulée autour des principes de Liberté, Egalité, Fraternité[23].

4. La question des instruments du pouvoir. Parmi les véhicules spécifiques du pouvoir, la culture écrite s'impose à partir des concentrations urbaines, mais surtout lorsque le territoire devient trop important pour un contrôle en face à face. L'écrit tend alors à remplacer l'oral, dans la mise par écrit des normes et l'exercice des procédures, et avec l'écrit interviennent ceux qui le maîtrisent: avocats et juristes[24].

La procédure judiciaire s'impose progressivement à tous les rituels de négociation. A la fois procédure horizontale (la multiplicité des instances de régulation judiciaire dans un espace donné se juridicise autour du modèle du procès romano-canonique[25]), et procédure verticale par la hiérarchisation progressive des recours, selon le modèle de la filière d'appel du tribunal local au tribunal souverain. Par la formation acquise dans les universités fondées sur les deux droits, les juristes qui peuplent les cours supérieures, urbaines et l'entourage des princes, répandent une culture européenne[26].

5. La question de la légitimité du pouvoir. Plusieurs textes soulignent que la légitimité de la justice étatique n'est pas uniquement liée à ses caractéristiques intrinsèques. Ainsi en France, la justice royale n'est pas nécessairement dominante quantitativement mais s'avère plus efficiente qualitativement. De même une des raisons du succès des justices royales anglaises dès le Moyen Age est leur indépendance par rapport aux

[23] R. BADINTER, *Une autre justice. Contribution à l'histoire de la justice sous la Révolution française (1789-1799)*, Paris 1989; X. ROUSSEAUX - M.S. DUPONT-BOUCHAT - C. VAEL (edd), *Révolutions et Justice pénale en Europe (1780-1830). Revolution and Criminal Justice in Europe, 1780-1830 French Models and National Traditions,* Paris 1999; J.P. ROYER - R. MARTINAGE (edd), *Influence du modèle judiciaire en Europe sous la Révolution et l'Empire*, Lille 1999.

[24] L. WAELKENS (ed), *L'assistance dans la Résolution des conflits. Assistance in Conflicts Resolution*, 3e partie, Bruxelles 1997.

[25] Ainsi, l'on peut voir des institutions médiévales urbaines comme des arbitres ou des apaiseurs suivre au XVIe s. la même procédure que les cours d'échevins ou des cours princières: X. ROUSSEAUX, *Genèse de l'Etat et justice pénale (XIIIe-XVIIIe siècle). Contribution pour une histoire de la justice* in *De la Res publica a los Estados Modernos*, Bilbao 1992, pp. 235-259.

[26] Voir les contributions de P. Marchetti et B. Maschietto.

nobles puissants en raison même de la relative faiblesse de la monarchie[27].

Enfin, le recours croissant aux juridictions jugeant au nom du prince peut se développer alors même que le pouvoir de ce prince est en déclin, comme dans la France du XVIe siècle ou l'Espagne du XVIIe siècle. Le cas du pardon montre bien que l'acculturation progressive des populations à la souveraineté passe ainsi par le recours de plus en plus systématique aux juridictions du souverain en matière de pardon de l'homicide accidentel[28].

6. La question des stratégies des acteurs. Plusieurs auteurs l'ont souligné[29], l'intérêt des autorités est plutôt de piloter le contrôle social que de l'exercer directement de manière intensive. C'est pourquoi les princes et souverains préféreront une justice pénale extensive plutôt qu'intensive, flexible plutôt qu'égalitaire, punitive et non pacificatrice comme la justice médiévale. De même encouragent-ils le degré d'appel, surtout venant des juridictions non étatiques voire même l'imposent-ils comme en France[30], ou encore en Toscane, à Vienne et à Bruxelles, sous l'influence de l'*Aufklärung* autrichien[31]. Les villes également développent une conception politique de la grâce, moyen de canaliser la violence des sanctions mais aussi de créer une identité citadine.

[27] W. KAEUPER, *War, Justice, and Public Order. England and France in the Later Middle Ages*, Oxford 1988.

[28] B. SCHNAPPER, *La répression pénale au XVIe siècle, l'exemple du parlement de Bordeaux, 1510-1565*, in «Droit pénal et société méridionale. Recueil de mémoires et travaux publiés par la Société d'Histoire du Droit des pays de droit écrit», 8, 1971 [1972], pp. 1-54; B. SCHNAPPER, *La justice criminelle rendue par le parlement de Paris sous le règne de François Ier*, in «Revue d'Histoire du Droit français et étranger», 42, 1974, pp. 252-284; textes repris dans *Voies nouvelles en histoire du droit. La justice, la famille, la répression pénale (XVIème-XXème siècle)*, Paris 1991; T. MANTECON, *Criminal and Royal Pardon in 18th Century Spain*, in J. HOAREAU-DODINEAU - X. ROUSSEAUX - P. TEXIER (edd), *Le Pardon* (Cahiers de l'Institut d'Anthropologie juridique, 3), Limoges 1999, pp. 477-506.

[29] Voir les contributions de K. Härter et H. Rudolph.

[30] J.P. ROYER, *Histoire de la justice en France*, Paris 1995 et plus récemment J.M. CARBASSE (dir.), *Histoire du parquet*, Paris 2000.

[31] M.S. DUPONT-BOUCHAT, *La réforme du droit pénal dans les Pays-Bas autrichiens à la fin de l'Ancien Régime (1765-1787)*, in «Cornua Legum, Acta Falconis», 87-7, 1987, pp. 71-97; X. ROUSSEAUX, *Doctrines criminelles, pratiques pénales, projets politiques: le cas des possessions habsbourgeoises (1750-1790)*, in M. PORRET (ed), *Cesare Beccaria (1738-1794) et la culture juridique des Lumières. Actes du colloque européen de Genève, 25-26 novembre 1994*, Genève 1997, pp. 223-252.

Enfin, la situation de pluralisme judiciaire, mise en exergue dans les contributions italiennes[32] n'est pas tant un résultat qu'un jeu qui permet au joueur le plus prédictif d'empocher les gains. L'exemple du pardon princier ou royal (en Angleterre, en France ou aux Pays-Bas) montre que le suppliant s'adresse à l'un ou l'autre pouvoir selon l'efficacité plus grande de son pardon[33]. En tout état de cause, les stratégies des acteurs sont largement déterminées par leurs capacités d'intervention réelle.

b. La variété des processus: différences, spécificités, résistances

L'existence et la prise en compte d'un modèle macro-historique d'analyse ne doit pas occulter la prise en compte des spécificités de chaque processus de construction local du pouvoir. Au contraire d'une opposition généralement stérile entre micro- et macro-histoire, entre concentration sur les structures et intérêt pour les jeux des acteurs, notre expérience nous montre que le va-et-vient entre le cadre général et les observations locales doit renforcer deux éléments: la chronologie fine des évolutions, et les spécificités propres aux expériences locales et régionales. A replacer dans les cadres généraux d'une explication[34]. Ainsi, l'intérêt des études de terrain est d'être inscrite dans une temporalité plus vaste et plus complexe, celle de la lente judiciarisation des conflits de société. A ce titre, il ressort des différentes contributions plusieurs éléments.

1. La question du niveau d'analyse du pouvoir. En raison de la documentation conservée mais aussi de la formation personnelle du chercheur, on peut privilégier, soit une analyse effectuée d'en-haut (*from the top*), focalisée sur les productions des pouvoirs supérieurs, soit une observation d'en-bas (*from below*), restituant les formes du pouvoir dans une société locale, éventuellement soumise à des pressions d'en-haut.

Les premiers, parmi lesquels bon nombre d'historiens du droit traditionnels se fondent sur des sources traduisant les projets politiques ou les idéologies de l'ordre en construction. Les seconds, parmi lesquels, anthropologues du droit et historiens sociaux, privilégient les sources témoignant de la résistance aux transformations politiques.

[32] Par exemple celle d'A. Zorzi.

[33] X. Rousseaux - E. Mertens De Wilmars, *Concurrence du pardon et politiques de la répression dans les Pays-Bas espagnols au XVIe siècle. Autour de l'affaire Charlet, 1541*, in J. Hoareau-Dodineau - X. Rousseaux - P. Texier (edd), *Le Pardon*, pp. 385-410.

[34] Voir ici même les pertinentes remarques de M. Frank sur la microhistoire.

Plus rarement les chercheurs ajoutent une troisième dimension (*meso-historique)* celle de l'étude des processus d'acculturation du haut vers le bas et du bas vers le haut. On y trouve l'analyse de documents témoignant des compromis entre les cultures juridiques des élites et les cultures de régulation des conflits des paysans ou encore l'analyse du rôle croissant des agents intermédiaires de cette acculturation, par exemple les justices ecclésiastiques contre les prétentions des laïcs ou les nobles au XIIe siècle ou les conseillers des cours supérieures, ou encore les juges de paix à la Révolution française[35]. Ceci suppose de comparer l'étude des contentieux locaux et de contentieux soumis aux juridictions supérieures comme dans le cas des paysans bourguignons à la veille de la Révolution française[36].

2. La question de la chronologie des processus. Une des difficultés de la comparaison entre Italie et monde germanique repose sur la confrontation d'enquêtes réalisées sur des périodes différentes.

Un premier groupe de textes, surtout italiens nous montre la construction d'un ordre «criminel» urbain en Italie du Nord aux XIIe-XIIIe s. Mais cet espace juridique est totalement différent du monde germanique où le développement des cités fut plus tardif et moins prégnant pour le monde rural.

Comme le montre les contributions portant sur les XVe-XVIe siècle en Italie[37], les transformations de la procédure locale vers une forme plus juridictionnelle évoquent le processus d'intégration des coutumes locales en une système plus rationnel et uniforme de la Loi. A la différence qu'il s'exprime dans un contexte de formation de principautés territoriales et non d'Etats monarchiques, ce mouvement semble très parallèle à celui qui travers à l'époque la France de François Ier[38] mais aussi les Pays-Bas et l'Empire soumis à la tentative unificatrice de Charles-Quint.

[35] Les travaux sur les juridictions supérieures vont dans ce sens. A. WIJFFELS, *Les cours supérieures dans les anciens Pays-Bas (XVe-XVIIIe siècles)*, in «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis», 6, 1993, 3, pp. 387-400. Pour les juges de paix de la Révolution française voir S. HUMERT-CONVAIN, *Le juge de paix et la répression des infractions douanières en Flandre et en Hollande, 1794-1815: contribution à l'histoire du système continental napoléonien*, s.l. [Rotterdam] 1993.

[36] W. SCHMALE, *Bäuerlicher Widerstand, Gerichte und Rechtsentwicklung in Frankreich*, Frankfurt a.M. 1986.

[37] Par exemple chez M. Bellabarba ou M. Della Misericordia.

[38] I. PARESYS, *Aux marges du Royaume. Violence, justice et société en Picardie sous François 1er*, Paris 1998.

Enfin, l'évolution n'est pas linéaire et si la tendance de fond est bien la transformation des cités-états en principautés territoriales puis en Etats nationaux, ces étapes ne sont en rien prédéterminées et nécessaires. A ce point de vue, il eut été intéressant de pousser la comparaison jusqu'au milieu du XIXe siècle, en raison de la «tarditivité» du processus d'intégration nationale tant dans le monde germanique que dans la péninsule italique.

Ces différents cas de figure du lien entre crime, justice et pouvoir montrent que le développement n'est en rien univoque.

3. La question des spécificités régionales. La variété des développements «régionaux» de la justice peut se décliner en trois phénomènes:

– le niveau dominant dans les transformations: dans certains territoires, la criminalisation du droit est menée par les autorités centrales: le Roi ou le Prince selon un rythme soutenu et une unification poussée.

Dans d'autres cas, le processus est contrôlé par les oligarchies urbaines puissantes, par exemple, les Provinces-Unies ou les villes de la Hanse où dominent des bourgeoisies commerçantes.

Dans d'autres cas enfin, la faiblesse du pouvoir princier explique que la modernisation et l'intégration judiciaire s'effectue à un niveau régional ou provincial (Mayence, Liège, les Pays-Bas aux XVIIe-XVIIIe siècle). Ainsi, selon qu'il est confronté à un pouvoir souverain puissant ou faible, le personnel des juridictions supérieures prend tantôt le parti de la centralisation monarchique tantôt celui de la résistance des bourgeoisies urbaines à cette centralisation (en France, les Parlements).

– Les configurations locales des pouvoirs: modernisation n'est pas nécessairement centralisation. La modernisation de la justice peut se faire à plusieurs niveaux: des villes, des provinces et parfois d'une nation en fonction de la capacité de résistance et de récupération des pratiques modernisantes par les différents niveaux de pouvoir.

Les privilèges et les coutumes locales résistent à la centralisation, spécialement là où les oligarchies régionales sont fortes: cités états, principautés territoriales par exemple dans les Pays-Bas Autrichiens ou les Provinces-Unies. Le cas des Pays-Bas Habsbourgeois est intéressant car les vagues de centralisation y alternent avec des périodes de concentration provinciale de la justice en fonction de la force du pouvoir princier (Philippe le Bon, Charles-Quint et Philippe II, Marie-Thérèse et Joseph II) ou de son repli (Marie de Bourgogne, Maximilien d'Autriche, Philippe III-IV et Charles II, la Révolution brabançonne de 1787-1789).

Le cas français est moins l'effondrement de la monarchie que celui des pouvoirs locaux et provinciaux lors de la militarisation de la révolution politique de 1789-1793. La conquête militaire par les armées de la République française précipita la généralisation d'une justice pilotée par l'Etat et d'un modèle centralisé de justice criminelle dans une bonne partie de l'Europe occidentale, en particulier les territoires bordant le Rhin et le Nord de l'Italie.

– L'intensité différente des transformations: mesurée sur la longue durée, il est clair que l'intensité des transformations diffère dans les avancées modernisatrices des XIIe, XVIe ou de la fin du XVIIIe siècle. Ce que l'on a appelé la «Révolution pénale» qui traverse l'Europe entre 1770 et 1870 est de loin le processus le plus intense. Le crime et la justice en Europe font l'objet d'une modernisation majeure dont les principales caractéristiques sont communes à de nombreuses régions d'Europe. Ainsi dans l'Empire des Habsbourgs, en Autriche-Hongrie, en Lombardie comme au Pays-Bas, le mouvement symbolisé par la figure et les écrits de Beccaria secoue profondément l'ordre ancien. La procédure criminelle devient le schéma dominant de régulation des conflits.

La bureaucratisation administrative de la justice s'impose comme référence dans un contexte général de réflexion sur la gestion nouvelle de l'Etat. Les juristes occupent une place dominante dans le débat politique sur le crime et la justice. L'abolition de la torture et la limitation de la peine capitale, le développement de l'emprisonnement pénal et l'émergence d'une opinion publique préoccupée par la question du crime et l'intérêt de l'Etat pour les questions de réforme judiciaire sont perçus comme un débat au plan européen occidental[39].

Ceci dit, si le vocabulaire change dans l'opinion éclairée, les études micro-historiques nous montrent que les comportements au niveau local ne sont pas nécessairement transformés par cette modernisation.

2. *Justice et crime comme ressources communautaires*

Si les historiens du crime, on mis l'accent sur l'aspect construit des sources judiciaires par les pouvoirs, dans une réaction à l'exploitation trop naïve et

[39] L. Berlinguer - F. Colao (edd), *Le politiche criminali nel XVIII secolo* (La «Leopoldina», Criminalità e giustizia criminale nelle riforme del '700 europeo, 11), Milano 1990; M. Porret (ed), *Cesare Beccaria (1738-1794) et la culture juridique des Lumières*, Actes du colloque européen de Genève, 25-26 novembre 1994, Genève 1997.

enthousiaste de ces sources massives par une histoire sociale quantitative ils ont également proposé de dépasser le stade de la critique pour scruter les comportements des populations. A la différence de l'histoire sociale de la délinquance dans les années soixante, ce sont les stratégies d'utilisation de la justice par les groupes et individus qui a fait l'objet de leurs préoccupations[40]. Négociation et accomodements, infrajudiciaires, plainte, recours à la justice officielle sont devenus des objets de recherche privilégiés. Ces perspectives qui convoquent des disciplines comme la sociologie et l'anthropologie on été particulièrement mises en place dans le cadre d'études micro-historiques, ce que rappele M. Frank pour le monde rural[41]. Pour les communautés urbaines, la tâche est plus difficile, même si certains se sont attaqués avec brio aux plus grandes villes de l'Occident[42]. Jusqu'au XVIIIe siècle en effet, la majorité des Européens vivaient dans des cadres collectifs à base d'interconnaissance: communautés villageoises, corporation, paroisse ou quartier urbain[43].

Le débat est plus récent, et les réflexions de synthèses plus complexes. En effet, il faut disposer de nombreuses monographies micro-historiques avant de pouvoir évoquer les lignes de partage entre les comportements spécifiques à une communauté donnée et les rituels partagés dans un espace plus vaste. Ceci dit, trois aspects de cette mobilisation des ressources me paraissent avoir été mis en lumière par la réflexion récente.

a. Crime et justice comme ressources pour la vie quotidienne

Crime et justice sont utilisés comme expression et moyen de contrôle social entre 'égaux'. Ainsi l'agression physique ou l'injure verbale permettent de baliser, d'exprimer les conflits latents. La persistance des plaids annuels comme les «duere wahreyden» ou «franches vérités» des communautés rurales des Pays-Bas évoque la persistance de ces justices communautaires[44].

[40] *Porter plainte: stratégies villageoises et institutions judiciaires en Ile-de-France (XVIIe-XVIIIe siècles)*, in «Droit et Cultures», 19, 1990, pp. 7-148.

[41] M. FRANK, *Dörfliche Gesellschaft und Kriminalität. Das Fallbeispiel Lippe 1650-1800*, Paderborn 1995.

[42] M. DINGES, *Der Maurermeister und der Finanzrichter: Ehre, Geld und soziale Kontrolle im Paris des 18. Jahrhunderts*, Göttingen 1994.

[43] J. SHARPE, *Crime and Delinquency in an Essex Parish, 1600-1640*, in J.S. COCKBURN (ed), *Crime in England (1550-1800)*, London 1977, pp. 90-109.

[44] R.C. VAN CAENEGEM, *La peine dans les Anciens Pays-Bas (XIIe-XVIIIe s.)*, in *La Peine. Punishment*, 2d part: *Europe before the 18th Century*, Bruxelles 1991, pp. 117-141.

De même le contrôle social horizontal s'exprimera dans des procédures orales, sommaires, collectives, non violentes et financières[45]. L'exemple étudié par M. Franke rejoint les conclusions d'autres études micro-historiques sur la société villageoise par exemple V. Sleebe sur la société rurale du Nord des Provinces-Unies[46]. Enfin, pour le monde commerçant et artisanal dans les villes, comme le montre l'étude de la procédure sommaire dans le cadre de la justice commerciale à Turin au XVIIIe siècle, les configurations judiciaires sont en consonance avec les configurations sociales[47].

b. Crime et justice comme ressources en période de crise

A l'inverse en période de crise politico-militaire, économique ou religieuse, le contrôle social se focalisera sur les marginaux et renforcera la cohésion du groupe par la mise à distance des «outsiders» et l'expulsion des pauvres. Ce contrôle social est alors violent, punitif et rigoureux. La vague de criminalisation des rapports sociaux qui se manifeste au XVIe siècle, le développement de législations criminelles et d'ordonnances de police visent également à reconstruire la cohésion du groupe et la solidarité nécessaire à la survie[48]. C'est également à cette période que se manifestent en Europe centrale les revendications des communautés paysannes dont témoigne la contribution sur la Valtelline[49] et les recherches sur les régions alpines. La «juridicisation» des rapports sociaux n'est pas uniquement un processus d'en haut mais il est largement conforté par l'usage que font les communautés rurales du droit comme instrument de négociation face à leurs opposants (seigneurs ou villes).

[45] M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris 1975. Et son analyse des «illégalismes» ruraux.

[46] V. SLEEBE, *In termen van fatsoen: sociale controle in het Groningse kleigebied 1770-1914*, Assen 1994.

[47] Voir S. CERUTTI, *Fatti e patti giudiziari. Il consolato di commercio di Torino nel XVIII secolo*, in «Quaderni storici», 101, 1999, pp. 413-445.

[48] R. MUCHEMBLED, *Le temps des supplices. De l'obéissance sous les rois absolus. XVe-XVIIIe siècle*, Paris, 1992; R. VAN DÜLMEN, *Theater des Schreckens. Gerichtspraxis und Strafrituale der frühen Neuzeit,* München 1985; P. SPIERENBURG, *The Spectacle of Suffering. Executions and the Evolution of Repression: From a Preindustrial Metropolis to the European Experience*, Cambridge MA 1984.

[49] Voir la contribution de M. Della Misericordia; P. BLICKLE, *From the Communal Reformation to the Revolution of the Common Man*, Leiden 1998.

c. Crime et justice comme ressource pour les groupes et les individus

Mais crime et justice sont également des ressources pour les individus et les groupes sociaux. Soit par l'utilisation du «pluralisme juridique» pour obtenir un gain symbolique ou une sécurité juridique. Les bourgeois aux XIIe-XIIIe siècle, les nobles aux XVe et XVIe siècle, les communautés paysannes du XVIe au XVIIIe siècle[50], les artisans dans les villes manufacturières ou les jeunes ruraux dans les campagnes recherchent la justice la plus efficace, souvent la justice des cours supérieures ou du souverain. Comme le montre M. Frank, les paysans dotés de terres sont tentés à la fin du XVIIIe siècle de s'allier avec les autorités supérieures pour imposer une disciplinarisation sociale du village, à l'encontre des villageois sans terre.

Le crime est aussi une ressource par exemple pour les bandits qui utilisent le morcellement politique et institutionnel à la fin de l'ancien régime pour construire une société et une économie de prédation. Il n'est donc pas étonnant que la Lippe étudiée par M. Frank fournisse de nombreux brigands aux grandes bandes qui dévastent la région politiquement morcelée au carrefour des Provinces-Unies, des Pays-Bas autrichiens, et de la principauté de Liège[51]. L'instrumentalisation du crime et de la justice est un facteur non négligeable dans l'histoire des conflits collectifs aux XVIIIe et XIXe siècle que véhicule le mythe du «bandit social» et la réaction communautaire et étatique. De même la violence 'verbale', blasphème ou contestation est particulièrement liée aux tensions sociales entre sexes, groupes et individus[52].

Enfin la justice «étatique» peut se révéler un moyen de dépasser le blocage politique provoqué par la domination d'un clan local. Dans un village dont la justice est entièrement soumiss à un tyran local, les élites peuvent recourir à la justice du Prince pour éliminer ce dangereux potentat[53].

[50] W. SCHMALE, *Bäuerlicher Widerstand.*

[51] A. BLOK, *De Bokkerijders. Roversbenden en Geheime Genootschappen in de Landen van Overmaas (1730-1774)*, Amsterdam 1991; F. EGMOND, *Underworlds. Organized Crime in the Netherlands, 1650-1800*, Cambridge 1993; voir l'évolution sous la période française: X. ROUSSEAUX, *Espaces de désordres, espace d'ordre: Le banditisme aux frontières Nord-Est de la France (1700-1810)*, in C. DENYS, *Frontière et criminalité (1700-1815)*, pp. 137-174, Arras 2000; G. ORTALLI (ed), *Bande armate, banditi, banditismo e repressione di giustizia negli stati europei di antico regime*, Roma 1986.

[52] Voir les contributions de F. Loetz et P. Wettmann-Jungblut.

[53] X. ROUSSEAUX, *L'activité judiciaire dans la société rurale en Brabant wallon ((XVIIe-XVIIIe siècle): indice de tensions sociales ou instrument de pouvoir?*, in *Les structures du pouvoir*

L'instrumentalisation de la justice par les groupes locaux est un élément intéressant pour l'analyse de la modernisation politique au XIXe siècle. Les procès, avant la formation des 'factions' ou des 'partis' révèlent les clivages politiques au village.

d. Crime et justice comme ressource pour l'Etat et l'individu

A travers le dernier exemple, on comprend que les aspirations de certains groupes ou certains individus peuvent rejoindre celles de l'Etat. Lorsque celui-ci est demandé par des populations comme le pouvoir de pardon des Souverains ou la justice de recours des cours supérieures, il peut conforter sa légitimité même en l'absence de moyens.

De même dans une optique anthropologique, le développement d'une législation ne vise pas nécessairement à son application. La non application de la loi peut même se révéler une stratégie pour étendre une légitimité de recours sans avoir à effectuer le travail sur le terrain[54].

Le droit et la justice sont alors autant un pouvoir pour les autorités qu'une ressource pour les groupes et les individus. Fréquemment donc, l'histoire de l'extension du pouvoir est un mixte de mobilisation des ressources par un acteur dominant: le Prince, la ville, le seigneur et d'un besoin de justice par des groupes locaux. La justice fonctionne essentiellement comme un medium, une arène où se mesurent le pouvoir commun de l'Etat et les intérêts particuliers des populations.

Instrument de pouvoir et ressource communautaire, les deux termes de cette articulation expliquent probablement l'originalité du modèle européen

dans les communautés rurales en Belgique et dans les pays limitrophes (XIIe-XIXe siècle), Bruxelles 1988, pp. 311-344; X. ROUSSEAUX, *«Lassés de voir un homme accumulans crimes sur crimes impunis ...». Déviance, délinquance et crime dans une communauté villageoise au 18e siècle*, in B. GARNOT, (ed), *De la déviance à la délinquance XVe-XXe siècle*, Dijon 1999, pp. 55-92.

[54] Cette idée, tirée notamment des analyses sur le développement de la pression judiciaire étatique aux temps modernes, ressurgit dans le cadre du débat actuel sur le recentrage de l'Etat national sur ses fonctions régaliennes, au moment où les moyens de cet Etat diminuent fortement en raison de la politique néo-libérale et du démantèlement du Welfare State. L'idée du pilotage sans avoir à effectivement l'assurer paraît une sortie aux contradictions de l'Etat A. CRAWFORD, *Towards a New Reconfiguration of Powers? Local Orders and the Prospects for Governance Through Partnerships*, in *Normes, déviances, contrôle social. Nouveaux enjeux, nouvelles approches*, Colloque du 30e anniversaire du CESDIP, Guyancourt, Ministère de la Justice, 2000 (CD-ROM) et X. ROUSSEAUX, *Etat, crime et sécurité à la fin du XXe siècle: entre gouvernance et résistance*, *ibidem*.

de régulation étatique des conflits interpersonnels par rapport à d'autres civilisations non occidentales.

Les regards croisés sur l'espace germanique et l'espace italique permettent de comparer des figures particulières de ce processus, caractérisées par un développement polycentriste et où le caractère monarchique du phénomène est limité ce qui conduit notamment à l'émergence tardive d'une unification territoriale à l'échelle «nationale» [55]. Il reste à pousser la comparaison en amont et en aval, vers le moyen âge pour l'espace germanique[56] et vers les temps modernes pour l'espace italique[57].

Enfin, l'étude systématique et scientifique des processus met en avant la richesse des problématiques. «Hasard ou myopie?», avait-on écrit autrefois à propos du sens de l'évolution historique de la criminalité[58]. Construction de l'ordre public et stratégies régulatrices semblent au contraire révéler la confrontation de l'approche d'anthropologie micro-historique en terme de ressources pour une stratégie des acteurs et l'approche macro-historique en terme de construction d'un pouvoir extériorisant la solution du conflit par rapport aux justiciables.

[55] C. EMSLEY - R. LEVY - X. ROUSSEAUX, *The Theory and Practice of Justice.*

[56] D. WILLOWEIT (ed), *Die Entstehung des öffentlichen Strafrechts. Bestandsaufnahme eines europäischen Forschungsproblems*, Köln - Wien 1999; G. SCHWERHOFF - A. BLAUERT (edd), *Kriminalitätsgeschichte.*

[57] G. COZZI, *Repubblica di Venezia e Stati italiani. Politica e giustizia dal secolo XVI al secolo XVIII*, Torino 1982; G. COZZI (ed), *Stato, società e giustizia nella Repubblica Veneta (sec. XV-XVIII)*, 2 voll., Roma 1980 et 1985; J.A. HOOK, *Justice, Authority and the Creation of the Ancien Régime in Italy*, in «Transactions of the Royal Historical Society», 34, 1984, pp. 71-89.

[58] J.C.V. JOHANSEN - H. STEVNSBORG, *Hasard ou myopie?*

Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale

di *Mario Sbriccoli*

Le pagine che seguono sono il frutto di una falsificazione. Avrebbero dovuto contenere le cose dette nella tavola rotonda in conclusione del convegno dedicato alla storia della criminalità e della giustizia in Germania e in Italia, ma non lo fanno, se non in piccola parte. Contengono le considerazioni che feci sulle discussioni di quei giorni, ma anche molto di più. Raccolgono, in buona sostanza, una serie di osservazioni che sono venuto facendo in questi ultimi due anni, in occasioni diverse, nelle quali ho tentato di mantenere aperta una riflessione organica, dentro un percorso costante. I due strati di questa stesura, malamente assemblati, sono, temo, tuttora troppo visibili. Ma avendone confessato la ragione, mi aspetto comprensione e indulgenza.

1. *Una nuova fase nella storia del crimine e della giustizia criminale*

Ho detto, intervenendo nella discussione, che nel corso del convegno si sono confrontate due minoranze. Ne resto convinto. Alcuni storici del crimine e della giustizia criminale, di area tedesca e di area italiana, hanno qui raffrontato oggetti e metodi delle ricerche che vengono facendo, proponendo prima di tutto risultati (in forme, talora, che possono far pensare a 'modelli') e ragionando sui modi con cui li hanno conseguiti. Hanno comparato categorie storiografiche e ipotesi di lavoro, insistendo soprattutto su quella che, in modo forse pomposo, potrei definire 'una teoria delle fonti'. Si tratta, se posso insistere, di storici che nelle rispettive realtà storiografiche nazionali sembrano formare una minoranza: non nel senso di quello che resta quando tutti sono andati da un'altra parte, ma nel senso di quelli che hanno cominciato a muoversi, e che prima o poi verranno seguiti da molti altri. Sul terreno della storia del crimine e della giustizia criminale, del resto, si tratta di qualcosa di già visto, almeno in Italia.

Gli storici non dovrebbero mai compiacersi di nulla. Ma se è giusto ammettere che lo stato d'animo meglio capace di produrre innovazione e fertilità

è con tutta probabilità l'insoddisfazione, mi si lasci aggiungere che quando una piccola idea nata da una radicata convinzione si fa strada, diventa senso comune e aiuta a suscitare ricerca nuova, il rallegrarsene può essere occasione di un utile bilancio, e non apparire soltanto piccola vanità. Fu Edoardo Grendi, in Italia, a rivolgere per primo l'attenzione a quanto avveniva oltralpe e oltremanica sul terreno degli allora incipienti studi di storia della criminalità e nel campo della messa in opera dell'immenso giacimento delle fonti giudiziarie presente in Europa[1]. La discussione che ne sortì coinvolse alcuni storici del diritto[2] che si erano avviati da poco, e in sparuto numero[3], allo studio della storia del penale, con la scelta di temi e l'adozione di metodi allora ancora inconsueti nella storiografia giuridica[4].

[1] E. GRENDI, *Per lo studio della storia criminale*, in «Quaderni storici», 15, 1980, 44, p. 580, seguito, qualche anno dopo, da E. GRENDI, *Gruppi sociali e crimini (proposta di un fascicolo di Quaderni storici)*, in «Quaderni storici», 21, 1986, 61, pp. 311-313.

[2] Chi scrive intervenne con alcune osservazioni sul tenore e sui metodi della ricerca in corso verso la fine degli anni Ottanta (M. SBRICCOLI, *Fonti giudiziarie e fonti giuridiche. Riflessioni sulla fase attuale degli studi di storia del crimine e della giustizia criminale*, in «Studi storici», 29, 1988, 2, pp. 491-501), alle quali Grendi replicò puntualizzando con lucidità, e con ragione, due o tre questioni essenziali: la duplicità dei livelli in cui si distendeva l'esperienza della giustizia penale di età moderna, che imponeva articolazione di metodologie di ricerca; la valenza non solo tecnico-giuridica delle pratiche di giustizia rilevabili nella vita quotidiana delle comunità; la polivalenza dei conflitti, non tutti riducibili al formato destinato al trattamento penale (E. GRENDI, *Sulla «storia criminale». Risposta a Mario Sbriccoli*, in «Quaderni storici», 25, 1990, 73, pp. 269-275). Tutte questioni che sarebbero state suffragate e avvalorate dalla ricerca successiva.

[3] L'osservazione critica che lamentava la scarsità degli studi di storia penale era, in quegli anni Settanta, e nei primi Ottanta, una specie di luogo comune obbligato della critica storiografica tra gli storici giuristi. Se ne trovano *exempla* in L. BERLINGUER , *Considerazioni su storiografia e diritto*, in «Studi storici», 15, 1974, 1, pp. 3-56; A. MAZZACANE, *Problemi e correnti di storia del diritto*, in «Studi storici», 17, 1976, 3, pp. 5-24; E. CORTESE, *Storia del diritto italiano*, in *Cinquant'anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, 1982, pp. 787-858; A. CAVANNA, *La storia del diritto moderno (secoli XVI-XVIII) nella più recente storiografia italiana*, Milano 1983.

[4] Gran parte del merito di quella che oggi va considerata come una provvida apertura spetta a Paolo Grossi e alla sua concezione aperta, colta, rigorosa e innovativa della storia giuridica, fatta – tra molto altro – di attenzione speciale rivolta da un lato ai giuristi positivi, dall'altro agli storici capaci di riconoscere il valore della dimensione giuridica nei loro oggetti di ricerca. In un decisivo convegno da lui voluto e guidato, ebbi modo di proporre a storici e giuristi la storia del crimine e della giustizia criminale come terreno di incontro per sperimentare metodi concertati, e di prospettare una concezione integrata delle fonti e del loro trattamento; cfr. M. SBRICCOLI, *Storia del diritto e storia della società. Questioni di metodo e problemi di ricerca*, in P. GROSSI (ed), *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti di indagine e ipotesi di lavoro*, Milano 1986, pp. 127-148.

Sappiamo tutti che mentre quelle consapevolezze maturavano, quindici o venti anni fa, da noi, gli studi di cui ora facciamo un parziale bilancio, erano sporadici e marginali, privi di uno statuto scientifico riconosciuto e chiamati a svolgere funzioni altre, strumentali o serventi, rispetto a quelle che erano, e sono, proprie dell'oggetto loro. Anche allora, a guadagnare l'affermazione, ma si potrebbe dire il successo, degli studi sul crimine e sulla giustizia criminale, fu un piccolo numero di studiosi, molti dei quali alle prime armi. In quella fase la questione chiave fu quella dell''integrazione'. Si trattava di mettere insieme metodologie (e conoscenze) di storia sociale, istituzionale, politica e giuridica, in una fase in cui, al di là delle declamazioni, i recinti erano ancora alti e robusti; ma soprattutto si trattò di spezzare il principio di pertinenza nel sistema delle fonti, che erano di fatto e da sempre rigorosamente lottizzate: le giuridiche ai giuristi, le altre agli altri. L'affioramento dell'immenso *iceberg* delle fonti giudiziarie (alle quali allora veniva dato il non gentile nome di 'fonti criminali') mise a disposizione un terreno di incontro, e indusse, nello stesso tempo, il principio dell'integrazione delle fonti, delle competenze e dei metodi.

Oggi, i risultati di quel lavoro impongono prospettive rinnovate all'interno delle discipline coinvolte. Si tratta di punti d'arrivo che erano stati largamente preconizzati già in quella fase lontana, ma la loro attuale evidenza, espressa da ricerche fatte e pubblicate, li rende, se mi faccio capire, esecutivi.

Gli storici della società, gli storici della politica e delle istituzioni, che affrontano il tema del crimine e della giustizia criminale, sanno ormai bene che l'oggetto dei loro studi, collocato alla confluenza di politica, società, ordine, interessi e regole, possiede una rilevante e inesonerabile dimensione giuridica che li obbliga a passare (anche) attraverso le opere dei giuristi, e a fare i conti con la loro ingombrante presenza al centro dell'incrocio. Non solo norme, e non solo procedure. I giuristi producono un discorso costitutivo, che fonda, in primo luogo, la giustizia alta e di apparato, ma è anche, in grado elevato, riflessivo della giustizia 'plurale', quella praticata dalle comunità e dai 'fori', le quali tutte costituiscono, nel loro insieme, la dimensione giustizia delle società europee medievali e moderne. Quel discorso va ben oltre le tecniche, che pure sono la ragione primaria della sua esistenza, e mette a disposizione dello storico uno sguardo coevo sulla società, sul diritto e sulla giustizia (sguardo prudente e attento, di intellettuali di qualità spesso rilevante) troppo prezioso per essere trascurato. In più, la dottrina giuridica dell'età medievale e moderna, malgrado la sua tipica vocazione, che la vedrebbe come naturale antagonista di un sistema esclusivamente e rigidamente normocentrico, finirà per contribuire – e da

protagonista – alla produzione di un'ideologia della giustizia penale di tipo unificato e legalistico (che alla fine prevarrà), proponendosi quindi come luogo essa stessa della discontinuità e della contraddizione. Tutto ciò vuol dire che per gli storici non giuristi è necessario dunque familiarizzarsi con i linguaggi e con le categorie del discorso penale, con le norme e con la loro interpretazione, con i contesti e con i sistemi di principi, infine con gli ordinamenti e con le istituzioni del diritto e del processo penale, per capire, definire, distinguere e classificare, e poi per comunicare correttamente i risultati del loro lavoro[5].

La storiografia giuridica, dal canto suo, è ormai obbligata a prendere atto dell'esistenza di livelli diversi nell'articolazione della giustizia penale (e dei sistemi normativi), con la conseguenza di non poter più considerare le fonti dottrinali e quelle legislative alla stregua di fonti generali, rappresentative dell'intero sistema. Oggi sappiamo che molte delle fonti normative della giustizia 'bassa', locale o comunitaria – voglio dire prassi e consuetudini penali – sono rinvenibili (talora a condizione di saperle 'dedurre') soltanto negli archivi giudiziari. Allo stesso modo, gli storici giuristi sono forzati a prendere atto del fatto che la categoria 'processo penale' va disarticolata e va inseguita dentro le 'pratiche', perché non sta tutta nelle regole del processo romano canonico, e nemmeno in quelle della legislazione locale, né è integralmente riflessa nell'opera dei giuristi. Sono invitati, infine, a ragionare sulla malsicura praticabilità del 'paradigma dello stato' nella ricostruzione del penale medievale e moderno, non dimenticando che quel paradigma ha carattere subdolo ed opera sovente in modo inavvertito, incistato com'è nell'ordine mentale dello storico del diritto, cresciuto dentro un orizzonte nel quale le 'condizioni di pensabilità' vengono tutte risucchiate nell'orbita del modello dualistico stato-società[6], e lì finiscono accaparrate. E siccome le 'condizioni di pensabilità' che governano il bagaglio teorico dello storico del diritto si trasmutano in 'condizioni di visibilità' quando

[5] Sia detto in spirito di servizio e collaborazione, da uno che per mestiere legge e ascolta: sarebbe già una buona piccola cosa se si tenesse a mente il significato del verbo *comminare*, che nel linguaggio giuridico sta per «minacciare una pena a chi dovesse trasgredire una legge». Il mio dizionario ricorda che «è errore usarlo nel significato di infliggere una pena; infatti la legge, il codice commina una pena, il giudice, il tribunale la infligge». Infliggere, irrogare, applicare, disporre, prescrivere, stabilire, dare: la scelta è ampia, e il dizionario dei sinonimi può allargarla ulteriormente. Ahimè, il *thesaurus* del mio sistema di scrittura mette «comminare» tra i sinonimi di «far subire». Come si vede, la causa è disperata e la corrente contro cui nuoto è travolgente. La moneta cattiva archivierà queste poche righe nel deposito delle tardive pedanterie.

[6] Uso espressioni che traggo dalle prime pagine di P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano 1986.

lui si pone a indagare nelle fonti, accade che aspetti primari della giustizia praticata in età medievale e moderna abbiano dovuto attendere l'opera della storiografia non giuridica, priva di occhiali deformanti (ma talora, ahimè, anche di consapevolezza), per essere avvistati e portati alla luce. La strada è ancora lunga, perché il paradigma dello stato, congedato dall'evidenza dei fatti, si rimette in servizio camuffandosi dentro aggiornate categorie interpretative o riproponendosi per via indiretta attraverso nuove tipologie classificatorie.

L'esempio migliore è dato dal genere delle cosiddette infragiustizie. 'Infragiustizia' è il nome che è stato dato alla giustizia negoziata ed a quella comunitaria, quando alcune rinnovate metodologie di indagine hanno finalmente permesso di vederle[7]. Il fatto è, però, che il paradigma statale impediva di designare col nome di 'giustizia' vendette e ritorsioni, negoziati e accordi, transazioni e composizioni, mediazioni e paci private, patti, condiscendenze, rinunce, perdoni o remissioni. Tutto ciò non essendo l'effetto della giustizia 'statale', nel senso della giustizia di apparato, celebrata da organi pubblici a essa deputati, o resa nella sfera delle istituzioni ecclesiastiche, non poteva meritare il nome di giustizia. Il paradigma statale ha impedito, cioè, di accordare il nome di 'giustizia' a pratiche che, per ammissione degli stessi storici che si ingegnarono a trovargliene un altro, apparivano come le più diffuse, le sole accettate e condivise[8], quelle dalle quali ci si discostava soltanto nei rari casi in cui il formato del crimine lo imponeva (alto criminale e gravi reati senza vittima[9]), oppure quando l'autore si presentava come marginale intruso, recava caratteri di autentica pericolosità, o appariva ormai incorreggibile[10]. Stando così le cose, sarebbe forse stato più logico rovesciare la prospettiva, invertire termini e designa-

[7] L'espressione ha cominciato a circolare, non a caso in Francia, sul finire degli anni Settanta.

[8] Per tutti, B. GARNOT, *L'ampleur et les limites de l'infrajudiciaire dans la France d'ancien régime (XVIe, XVIIe et XVIIIe siècles)*, in B. GARNOT (ed), *L'infrajudiciaire du Moyen Âge à l'époque contemporaine*, Dijon 1996, pp. 69-76, sostanzialmente rifuso in B. GARNOT, *Crime et justice aux XVIIe et XVIIIe siècles*, Paris 2000, pp. 131-139.

[9] È indicativo che nel penale alto, riservato all'azione *ex officio* dei poteri pubblici, siano ricompresi, fin dalle origini, crimini senza vittima come l'eresia, l'apostasia e il sacrilegio, la sodomia volontaria, l'incesto consensuale, il lenocinio, la *permissio adulterii* e altri ancora. Affidati all'azione pubblica, *quia carent ultore.*

[10] Un rilievo in questo senso è già in Y. CASTAN, *Honnêteté et relations sociales en Languedoc, 1715-1780*, Paris 1974, p. 518; numerose verifiche in N. CASTAN, *La Justice expéditive*, in «Annales ESC», 31, 1976, 2, pp. 331-361. Rinuncio a indicare le tante ricerche successive che hanno in vario modo confermato questo carattere della giustizia negoziata e comunitaria.

zioni, e prendere atto del fatto che quelle società consideravano giustizia in primo luogo quella comunitaria locale, destinata a risolvere i conflitti tra vicini, mentre vedevano l'azione delle giurisdizioni 'statali' come residuale, interinale e di ultima istanza. Gli storici, riflettendo su quelle culture e su quelle mentalità, dovrebbero forse dire «giustizia la prima, repressione la seconda», e andrebbero molto più vicini al segno.

Ma il paradigma della giustizia come tipica funzione 'statale', o almeno di pubblico apparato, esige sacrifici. Recentemente, considerato che la nozione di infragiustizia è stata chiamata ad abbracciare tutte le controversie conflittuali che «sfuggono» al trattamento giudiziario di apparato (designato, lui, come *justice*), si è pensato bene di creare nuove categorie intese a coprire quanto di quelle controversie non avesse formato penale, insieme a tutte le altre forme risolutive di conflitti non riconducibili a un rito classificato. Sono nate dunque la 'paragiustizia' e l''extragiustizia'[11], figlie della giustizia dello stato[12] assunta come vaglio, quanto alle fonti, e adottata come criterio storiografico ricostruttivo, quanto al metodo. Retrodatazione di eventi futuri, avrebbe detto Giovanni Tarello.

2. *Criminalità e giustizia: due storiografie a confronto*

Ma torno ora al punto della collocazione degli studi sul crimine e sulla giustizia criminale nel panorama della storiografia sociale e giuridica tra Italia e Germania. Parlo di una storiografia di corrente, o di settore, perché gli studiosi che qui si sono confrontati (o, se vogliamo, i loro orientamenti) mi sembrano, rispetto ai contesti di provenienza, non precisamente preponderanti, ma soprattutto perché essi recano i caratteri strutturali, per così dire, delle minoranze vitali. Si tratta infatti, se non mi fa velo la simpatia, di storici in qualche misura 'laterali' rispetto alle tradizioni in cui si sono formati, propugnatori di un approccio ricostruttivo rinnovato, collegati da rapporti, e tenuti insieme da consonanze, che sono in parte di scuola, in parte elettive, ma nascono soprattutto da una corrispondenza di sensibilità

[11] B. GARNOT, *Justice, infrajustice, parajustice et extrajustice dans la France d'Ancien Régime*, in «Crime, Histoire & Sociétés – Crime, History & Societies», 4, 2000, 1, pp. 103-120.

[12] Il nodo è complicato e la discussione rischierebbe di essere molto lunga, ma si ha l'impressione che la 'giustizia statale' assunta come criterio per denotare le 'altre giustizie', venga implicitamente disegnata con i tratti della giustizia dello stato liberale di diritto costruito dalla dottrina europea nel XIX secolo, quello di cui ha delineato i caratteri M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino 1995^2, pp. 116 ss.

storiografiche, di approccio euristico e di esperienze di ricerca che non sembrano diffuse o generalizzate.

Cominciamo col dire che hanno, sia i tedeschi che gli italiani, una spiccata trasversalità disciplinare, non nel senso della interdisciplinarità *d'antan*, ma nel senso che vengono in gran parte da una formazione diversa da quella che sarebbe tradizionalmente pretesa dall'oggetto di questi studi.

Peter Schuster ha detto che il convegno non è veramente riuscito a mettere insieme le nostre esperienze storiografiche, che ci mancano definizioni comuni e un catalogo comune dei problemi storiografici aperti. Anche Gerd Schwerhoff lamenta l'assenza di una carta comune dei problemi e considera ottimistica la mia impressione di sostanziale correlazione tra le nostre due esperienze storiografiche. A me pare che un canale di comunicazione si sia creato, al di là del fatto che le nostre esperienze si siano effettivamente messe in sintonia, oppure no (cosa comunque difficile da realizzare nel solo corso di un convegno). E non mi pare, la mia, un'osservazione ottimistica. Quel che rilevo è che io intendo perfettamente l'ordine di problemi esposto dai colleghi tedeschi e lo percepisco come simile o assai prossimo al mio; avverto come familiari i loro temi di ricerca, mi accorgo che abbiamo in comune molte domande, e trovo convincenti molte loro risposte. Dai risultati esposti dai colleghi di area tedesca ho tratto idee con le quali sento di potermi agevolmente confrontare, suggerimenti che mi sembrano realizzabili, notizie ed esempi la cui comparazione con quanto di omologo conosco dell'area italiana mi pare tranquillamente praticabile. In particolare, il quadro di fondo che emerge dal complesso delle loro ricerche, segue linee e direttrici interpretative che non si discostano di molto dalle nostre.

Certo, la storia delle due aree è diversa, e talora profondamente diversa: conosce fasi disomogenee, specie per quanto attiene alla costruzione di un processo ad azione pubblica (momento essenziale nella vita del penale praticato in giustizia), precocemente avviata (già dal XIII) in area comunale italiana[13], e poi notevolmente sviluppato in area tedesca (secoli XVI-XVII), proprio mentre l'esperienza italiana cominciava a marcare un lungo stallo che si sarebbe trasformato in un severo ritardo. Avverto anche, dal mio punto di vista di giurista, che la storiografia di area tedesca in materia di criminalità e di giustizia penale tende a eludere il confronto con la dimensione giuridica dei problemi che affronta (ma in senso inverso vanno gli interventi di Karl Härter e Harriet Rudolph). E devo aggiungere che

[13] M. SBRICCOLI, «*Vidi communiter observari*». *L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 27, 1998, pp. 231-268.

alcune sensibilità verso i profili antropologici della questione giustizia (Andreas Blauert), verso le sue implicazioni economiche, o nei confronti della sua contiguità alle questioni religiose (Francisca Loetz, Peter Wettmann-Jungblut), mi sembrano più presenti in quella storiografia che non nella nostra. Si tratta però, nella mia opinione, di una distinzione che attiene al meno o al più, non di una vera distanza, e tanto meno di una spiccata disparità.

3. *Una nuova stipulazione della nozione di giustizia*

Ormai la storia della giustizia criminale non è più soltanto affare di due soli generi storiografici non comunicanti: quello giuridico che ricostruiva le regole e quello sociale che disseppelliva gli eventi, o li andava a contare negli archivi. Non è neanche più il risultato di un approccio meramente istituzionale («la storia della giustizia penale è un capitolo della storia dello stato»), coniugato con qualche attenzione alla storia delle società. Questo convegno ci dice (ma lo sapevamo già) che l'oggetto storiografico 'giustizia penale praticata', e l'annesso 'fenomeno criminale', sono cresciuti al punto che c'è bisogno di storici sociali e criminologi, antropologi, storici del diritto e delle istituzioni, storici dell'esperienza religiosa, della politica e dell'economia, i quali convergano con sociologi e giuristi per trarre dalla loro complessità tutto il potenziale di indicatori forti del carattere delle società storiche e delle dinamiche complessive che le caratterizzarono. Ma dirò di più: quella convergenza produce anche il benefico risultato di mettere nell'argomento di questi studi una serie di reagenti disciplinari plurimi, che ottengono l'effetto di complicarlo, fecondandolo e dislocandolo su terreni diversi da quello su cui disciplinarmente 'dovrebbe' stare, rendendolo, storiograficamente, più efficace ed espressivo.

L'incremento dei punti di vista induce un esito caleidoscopico, che moltiplica le valenze della funzione giustizia restituendocela nella complessità che effettivamente la caratterizzò e per quello che oggettivamente fu:

– una risorsa d'uso per individui e per comunità in quelle società conflittuali, come alcuni hanno detto (A. Blauert, Xavier Rousseaux), ma anche un mezzo per l'affermazione di una concezione del potere che diverrà progressivamente un'idea dello stato;

– uno dei livelli in cui si manifesta il conflitto politico, ma anche un mezzo per gestirlo, quando non anche un'arma per risolverlo e prevalere (Andrea Zorzi, Marco Bellabarba);

– una rivelazione del dato di fondo delle società medievali e moderne, lette attraverso il paradigma del conflitto: dispute e composizioni trovano nel diritto (Paolo Marchetti) e nel suo uso strumentale – in combinazione col potere (A. Zorzi) – il terreno in cui dispiegarsi e indurre lo sviluppo delle relazioni sociali e delle istituzioni (politiche, giudiziarie, amministrative) ad esse collegate;

– uno strumento di assicurazione dell'ordine imposto dall'alto, ma anche il luogo della soddisfazione privata, della vendetta mediata, o della ragione fattasi in elusione o spregio dell'ordinamento formale, che consegue tuttavia concreti risultati, percepiti come forme accettate di giustizia;

– la spia del carattere negoziale e concertato delle società a base comunitaria e cetuale, medievali e moderne, ma anche la spia del procedere incessante e inarrestabile di un'egemonia dei poteri pubblici che si valgono sempre di più della loro produzione normativa per trasformare radicalmente l'idea stessa della giustizia;

– il luogo in cui meglio che altrove è dato di cogliere la coesistenza tra regole comunitarie 'locali' e norme 'centrali', la dialettica tra diritto e pratiche, tra repressione e patteggiamenti (M. Bellabarba, A. Blauert), ed infine lo slittamento progressivo – ma non lineare, non limpido, non costante – verso l'affermazione di un corpo normativo unico, combinazione di leggi e giurisprudenza, che solo dopo la frattura rivoluzionaria riesce a cancellare d'imperio consuetudini e pratiche: «una la legge, uno il processo, una la giustizia». Su questo punto sarebbe bene aprire una prudente e coraggiosa discussione. Coraggiosa, perché a forte rischio di fraintendimenti. Prudente, per ridurre più che si può quel rischio. L'affermazione di un nuovo diritto penale sostanziale e procedurale[14], dentro il quadro dei principi propri dello stato di diritto, rappresentò un momento di straordinaria accelerazione nel processo di incivilimento del penale. Traghettò tuttavia, dentro il mondo nuovo, più di un inquinante detrito e molte cattive abitudini che imperversavano nel vecchio. Fin qui c'è poco da discutere (anche se ancora abbastanza da scoprire, nel senso stretto e letterale del verbo). La discussione dovrebbe riguardare, invece, quel che è stato cancellato davvero. Uso una trita metafora per risparmiare lunghi discorsi: bisognerebbe guardare bene cosa c'era nell'acqua sporca che è stata buttata via.

[14] Approdata tardi, in area italiana, essa non fu l'effetto di una lineare e autoreferenziale evoluzione, ineluttabilmente operante nel senso di cancellare il locale, il consuetudinario e l'imperfetto, per sostituirgli il sovralocale, l'efficiente, il normativo, come ha dimostrato S. CERUTTI in *Fatti e patti giudiziari. Il Consolato di commercio di Torino nel XVIII* secolo, in «Quaderni storici», 34, 1999, 101, pp. 313-445.

L'ultima sua valenza storiografica, descritta poco sopra, ci ricorda che la funzione giustizia è anche – e soprattutto, per lo storico giurista – il laboratorio del lungo processo di incivilimento del penale, espressione che si può compendiare in due punti: l'interminabile cammino per «fuoriuscire dalla vendetta» ed il sempre precario «avvento della garanzia»[15]. Dentro queste due direttrici stanno, in tutta evidenza, la storia delle società e quella delle produzioni normative dei poteri pubblici, gli approcci politici e quelli antropologici (X. Rousseaux), i rapporti tra giustizia e potere, le giustizie plurali e la loro progressiva *reductio ad unitatem*, le culture, le consuetudini, le mentalità e le pratiche. Se tutto questo (che peraltro non è tutto) è vero, bisogna dire che dai nostri studi l'oggetto 'giustizia', emerge come un *enjeu* infinitamente più articolato di quanto sembrasse ai tempi in cui i processi erano studiati semplicemente come un riflesso del potere politico, oppure come il luogo in cui era dato di incontrare il mondo dei senza nome, e di ascoltarne la voce.

Qualcosa del genere potrebbe essere detto per il crimine, anche se rispetto a esso il discorso deve farsi più circoscritto e rigido, a pena di diventare insignificante per un verso, arbitrario e ingannevole per l'altro. Si è detto del crimine come risorsa. Se ci si mette dal punto di vista di chi lo commette l'osservazione mi pare ineccepibile, ma non particolarmente produttiva. Il crimine serve al suo autore per ottenere illegalmente, e in via breve, un risultato sperato (o repentinamente voluto), e rappresenta spesso uno straordinario mezzo risolutorio.

Ma proprio per queste ragioni quello è un crimine e viene reso oggetto di repressione. Al di là del sistema di valori che infrange, non si può lasciare che diventi – come certamente accadrebbe – maniera corrente di risoluzione dei conflitti o di appagamento delle pulsioni. Se così è, siamo in presenza di una risorsa *sui generis*, alla quale non può essere consentito di dispiegarsi oltre certi limiti. Se invece ci riferiamo a sottosistemi economici fondati sulla violazione penale, o a poteri politici 'criminali', oppure alle ragioni del controllo sociale e della coesione comunitaria, allora l'idea del crimine come risorsa si presenta come una plausibile proposizione

[15] Assegno al termine 'garanzia', per l'uso che ne faccio qui, una valenza complessa. Per intenderci, penso a tutta l'area che sta tra i grandi principi sostanziali che scaturiscono da quello di legalità e i grandi principi processuali che culminano nel *nemo tenetur se detegere*, posto a tutela degli accusati. In mezzo il lettore sa cosa mettere, quanto a diritti dei soggetti e limiti del potere. Io aggiungo che una (moderna) nozione arricchita di garanzia postula un sistema punitivo minimo, che si limiti a sanzionare azioni effettivamente lesive di beni costituzionalmente protetti, con forme di penalità rigorosamente tenute dentro il principio di rieducazione.

classificatoria, buona per allungare gli elenchi di cui disponiamo già.

Quel che mi pare emergere dalle nostre discussioni, e non solo da ciò che ci siamo detti in questa occasione, ma dall'intero corpo degli studi che si sono venuti pubblicando in questi ultimi anni, è che sembra sempre più opportuna «una nuova stipulazione del valore e del senso che diamo come storici alla espressione 'giustizia'». Dobbiamo ragionare sui suoi contenuti, sulla sua natura e sui suoi significati – quello di oggi e quelli di allora – per non confondere o mescolare due concezioni che, storicamente e concettualmente diverse, portano entrambe lo stesso ingannevole nome.

Una precisazione si impone. Io sto parlando della giustizia (penale) praticata, intendendo quella, se mi spiego, che possiamo definire 'rituale'. La giustizia intesa come «risultato accettato di un rito» – qualsiasi esso sia – che ha lo scopo di 'rendere ragione' o 'dare soddisfazione', raddrizzare un torto, riparare un danno, compensare, risarcire, pacificare, oppure irrogare una pena, o più semplicemente dare seguito a una previsione normativa attraverso un procedimento regolato. E aggiungo che le due concezioni alle quali ho accennato poco sopra, stanno entrambe «dentro la giustizia praticata» alla quale mi voglio riferire, nel senso che rappresentano due modi di 'praticare' la giustizia, la quale appare plurale ma è unitaria: è una sola – è 'la giustizia' – ma conosce modi diversi per manifestarsi o affermarsi. In vista della ristipulazione che auspico occorre ovviamente prendere atto storiograficamente dell'enorme salto – culturale, politico, giuridico – che l'idea di giustizia ha fatto nel lungo passaggio dai regimi antichi allo stato di diritto[16], o a quello che è stato a suo tempo puntualmente ideato, e poi malamente praticato, come 'stato di diritto'. Dobbiamo cioè prendere coscienza del fatto che nel

[16] Trovo già soltanto nel titolo del recente, densissimo, studio di P. PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna 2000, il dispiegarsi della vicenda alla quale penso, ravvisabile dentro formule definitorie per il mio punto di vista (troppo) larghe e (molto) comprensive, che tuttavia possono costituire una traccia percorribile. Il 'pluralismo dei fori' è formula capiente nella quale possono stare le numerose modalità per conseguire giustizia poste in uso dalla 'giustizia negoziata', così come il 'dualismo tra coscienza e diritto' contiene certamente la moderna contraddizione tra la giustizia che definisco 'egemonica' (la sola praticabile nello stato di diritto, *sub vigore legis*) e quella che al di là di leggi e ordinamenti può tuttavia continuare ad abitare *in corde hominis*. Capita a volte, oggi, che questa seconda salga *de corde ad orem* e mostri il suo poco attraente aspetto (pulsioni di vendetta, o invocazioni di crudo rigore, dettate da non ragionevole paura o dalla convinzione che la giustizia non possa essere cosa diversa dalla repressione): qualcosa che somiglia all'idea di giustizia che aveva nel 1701 l'anonimo autore che, spaventato dalla quantità crescente di 'poveri' percepiti come minacciosi, scriveva un edificante opuscolo intitolato *Hanging, not Punishment enough* (ed. B. MONTAGU, London 1810, cit. in P. COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Milano 1974, p. 358).

nostro linguaggio – ma soprattutto nel nostro ordine mentale – la giustizia (penale) non è altro che la «corretta applicazione della legge realizzata da giudici soggetti soltanto ad essa, per mezzo di un apparato pubblico legalmente funzionante». Tutto quello che avviene fuori da questa condizione, nel contesto dello stato di diritto è violazione, oppure patologia o, quanto meno, malaugurata anomalia: in ogni caso, non ha a che fare con la nozione formale di giustizia. Non era così nell'Europa medievale e moderna. Solo uscendo dalla logica di questo paradigma nella ricostruzione e nella valutazione della giustizia nei regimi antichi, si possono evitare zone d'ombra, anacronismi o fuorvianti fraintendimenti.

4. *Giustizia negoziata e giustizia egemonica. Due tendenze nell'evoluzione del penale*

Due sembrano gli ambiti di giustizia penale che possono essere rilevati tra medioevo tardo e antichi regimi, fermo restando che se i circuiti della giustizia e i fori in cui si celebra appaiono molteplici, la giustizia che ne deriva va considerata in modo unitario.

a. Giustizia negoziata, a carattere comunitario

Il primo è quello che indico come ambito della 'giustizia negoziata', segnata da uno spiccato carattere 'comunitario', fondata sull'appartenenza, diretta principalmente alla riparazione dell'offesa, regolata da norme e prassi condivise, in un ambito in cui domina l'oralità. Vi devono essere incluse le varie figure di giustizia conseguita con la mera trattativa tra gli interessati a esclusione di qualsiasi formalità, quelle che implicano una mediazione sociale, e anche quelle che si giovano della struttura giudiziaria pubblica, se quest'ultima si lascia coinvolgere nella negoziazione facendosene promotrice, fiduciaria o garante. A mio giudizio, anche le condotte di condiscendente clemenza adottate dai poteri pubblici comunitari nei confronti di *inners* tutelati (coonestazioni di contumacia, revoche o sospensioni dell'azione pubblica, riduzioni e commutazioni di pena, perdoni in accoglimento di suppliche, e simili benevolenze) andrebbero ricomprese in una nozione allargata di giustizia negoziata.

La giustizia negoziata ha le sue origini nel penale 'privato' della prima fase cittadina, quello rimesso all'iniziativa della vittima, che aveva come fine il risarcimento (o meglio, la soddisfazione, dell'offeso), tanto da ricomprendere tra le sue forme ammesse ed accettate (e quindi ordinarie) anche la ritorsione

da un lato o la composizione irrituale dall'altro; una giustizia che, quando si vale di un giudice terzo, non lo individua nell'esponente di un sistema di potere strutturato in apparati e provvisto di scopi, ma nell'arbitro designato, e perciò accettato, di una contesa tra soggetti negozialmente paritari.

Essa si fonda sull'appartenenza e sulla protezione, che è come dire sulla riconoscibilità dei soggetti, garantiti – perché di questo si tratta – dal fatto di essere parte della comunità. I membri della comunità, eminenti o marginali, *potentes* o *pauperes* che siano, godono di una forma di tutela o 'salvaguardia' e sono ammessi a 'negoziare'. Poi, ovviamente, sarà la negoziazione a fare le parti, il che vuol dire che la diversa caratura dei protagonisti non potrà non pesare sugli esiti.

Composizioni, paci, accordi e transazioni, mediazioni e fideiussioni, compensazioni, reintegrazioni e risarcimenti, insieme a ritualità penitenziali o satisfattorie, sono gli strumenti usuali della giustizia penale negoziata, in un sistema che vede i poteri pubblici come espressione di equilibri comunitari, e non alla stregua di delegati di una forma statale che a quegli equilibri si sovrappone. Composizioni, transazioni e paci (che necessitano, ovviamente, di previa contrattazione) fanno riposare il loro carattere di giustizia sull'elemento della riparazione, condizione della riconciliazione; e si caratterizzano su due linee modali: la linea che va dalla contrizione fino alla penitenza e al perdono, e quella che segue la logica della punizione, retribuzione, espiazione. Linee che non si escludono in assoluto (anzi, talora si intrecciano o procedono appaiate) e che corrispondono nel loro complesso a una nozione di giustizia forte, risalente, radicata, accettata e condivisa.

Nella primissima fase della vita cittadina, anche crimini di rilevante gravità (per esempio l'omicidio) sono, come è noto, soggetti a giustizia negoziata tra l'autore e l'*entourage* della vittima. Poi al penale negoziato (che quando si esplica in ambito pubblico ha come forma congeniale un processo di tipo accusatorio, ma sa farsi strada anche dentro le altre forme processuali aggressive di tipo proattivo) vengono riservati via via crimini di minore rilevanza. Ciò non toglie che il principio della negoziazione in materia di giustizia (voglio dire: in presenza di conflitti che hanno formato penale; ovvero, semplificando, in presenza di 'danno con dolo') permanga nelle pratiche della convivenza quotidiana – ma anche nell'ordinamento – per lunghissimo tempo[17].

[17] È ormai accertata la preponderanza del trattamento per composizione stragiudiziale di una grande quantità di piccoli (ma non sempre piccoli) conflitti a rilevanza penale. Perdoni, paci, remissioni, da un lato; resistenze e illegalismi, omertà e favoreggiamenti dall'altro;

La giustizia negoziata riposa sul consenso, prima e più che sulla certezza. Solo là dove il consenso della comunità è presunto (repressione dei comportamenti dannosi o pericolosi dei *sans aveu*, punizioni per gli incorreggibili o persecuzione dei *crimina enormia*) si dà preminenza alla certezza: inesorabilità della risposta repressiva, in assenza di negoziazione, senza quartiere e fuori garanzia. Ciò considerato si capisce come la giustizia negoziata presenti un basso livello di formalità[18] e possa essere praticata, all'occasione, da arbitri notabili, non professionali, privi di cognizioni giuridiche adeguate.

La giustizia (negoziata) comunitaria è affare dei consociati. Esclude i forestieri, i vagabondi, i *sans aveu*, e tutti quelli che, pur appartenendo alla comunità, se ne sono tratti fuori per essersi messi contro di essa (banditi, *latrones*, incendiari, delinquenti abituali, *inner foes*, ma anche *disturbers* ritenuti incorreggibili, o devianti avvertiti come pericolosi). Più articolato sarebbe il discorso che potrebbe essere fatto in ordine alle violazioni che hanno a che fare con la religione o con la morale sessuale.

I valori che maggiormente la orientano sono l'appartenenza e la soddisfazione. L''appartenenza' implica l'osservanza di regole e produce, attraverso le pratiche della convivenza, il sistema normativo di riferimento (vi includo, ovviamente, le norme scritte, per esempio le regole delle comunità e tutta la produzione di prassi penali messa in atto dagli organi di governo o desunta da importanti decisioni di giudici, che spesso vengono fatte glissare all'interno del corpo normativo vigente).

La 'soddisfazione', categoria complessa che dice di più – per intenderci – di quanto non dica la nozione strettamente giuridica di 'risarcimento', è il vero fine della giustizia penale negoziata. Essa non passa necessariamente per l'irrogazione della pena, e seppure la pena del colpevole ha il potere di dare soddisfazione, non è detto che la si pretenda[19], perché la soddisfazione

risarcimenti, ritorsioni rituali, mediazioni di poteri accettati, da un altro ancora. La giustizia pubblica, che guadagna progressivamente spazi qualitativi importanti e decisivi, rimane 'quantitativamente' debole nel sistema giustizia considerato nel suo complesso, e lo rimane per lunghissimo tempo: fin dentro il XVIII secolo, per quanto riguarda l'esperienza italiana, e non solo quella italiana: si vedano, quanto a questo, le valutazioni riassuntive espresse in relazione all'esperienza francese da Ph. ROBERT, *Le citoyen, le crime et l'État*, Paris - Genève 1999, pp. 23 ss.

[18] Escludo da questa osservazione il processo accusatorio per formule e *positiones* delle origini.

[19] Nella logica del penale negoziato la parte lesa ha, in ogni caso, un interesse eventuale e relativo all'irrogazione della 'pena prevista dalle leggi', che è invece la preoccupazione prima

si compone, di regola, di elementi che variano a seconda del caso sottostante, della taglia dei contendenti, della contingenza che porta alla negoziazione, delle storie e dei contesti in cui la violazione è avvenuta. E se la componente economica svolge necessariamente un ruolo primario, non si può escludere che la soddisfazione passi anche per vie simboliche, e si realizzi, che so, con una ritorsione, o attraverso l'umiliazione del colpevole, o con un solenne riconoscimento capace di risarcire un onore oltraggiato[20].

Questione di grande momento, che esigerebbe lunghe e laboriose indagini, è poi quella che nasce dall'ipotesi che questo genere di giustizia – pesata sui casi e soprattutto sulle persone, gestita con criteri equitativi[21], misurata sulla complicata dinamica dei fatti ben più che sulla legge, ma anche arbitraria, parziale, lassista coi protetti, brutale con gli altri – venisse sentita come la sola vera giustizia pensabile ed accettabile. L'altra, quella dei poteri pubblici costituiti in apparato per far osservare le leggi, concentrata su una finalità che certo appariva puramente repressiva, sembrava non corrispondere se non per tratti, e in speciali circostanze, all'idea di giustizia elaborata e introiettata dalle comunità. Perché nella sua vocazione c'era, come sappiamo, il monopolio della funzione e l'idea di mettere un mediatore necessario istituzionale al posto della vittima portatrice del bisogno di giustizia, che altro non era, in sostanza, se non un supposto diritto alla vendetta. Quel che la giustizia pubblica, fatta di leggi, giudici ed apparati, sembrava di fatto promettere era la fine del privilegio della giustizia domestica. Nel senso che portava con sé, da un lato, la surrogazione della vittima nella realizzazione della vendetta; dall'altro, la fine delle trattative, la caduta del beneficio dell'appartenenza, una giustizia 'uguale' per diseguali, messa in atto da una 'macchina' incapace di distinguere, valutare, soppesare e non più autorizzata, all'occorrenza, a farsi 'ingiusta' per essere equa o 'parziale' per non essere iniqua.

della giustizia che chiamo 'egemonica', la quale vede nella pena inflitta la 'soddisfazione' della *respublica*, e vi annette ben note finalità di legittimazione, ordine e governo.

[20] M. Sbriccoli, «*Vidi communiter observari*», cit., p. 254.

[21] Criteri equitativi che sovente mal si accordano con il principio di legalità, con quello di uguaglianza, con la vigenza delle leggi, le garanzie dello stato di diritto o la ritualità delle procedure. Inutile dire che cogliere una simile dissonanza corrisponderebbe all'invocazione di un anacronismo e all'insinuazione nel procedimento ricostruttivo storico di un rilevante fattore di fuorviamento. Appena necessario ripetere ancora qui che con simili anacronismi in testa è stata ricostruita, forzandola dentro uno schema non suo, gran parte della storia della giustizia penale medievale e moderna.

b. Giustizia egemonica, di apparato

Il secondo livello è rappresentato da una giustizia che chiamo 'egemonica', perché dagli inizi del XIV secolo in poi sembra crescere ed imporsi con incessante continuità, riducendo gli spazi della giustizia negoziata. Essa è segnata da uno spiccato carattere di apparato[22], fondata sulla sudditanza, diretta principalmente alla punizione del colpevole, regolata da norme di tipo legislativo (prodotte dal *princeps*), notevolmente e sempre più formalizzata, in un ambito in cui domina la scrittura.

La giustizia che indico come egemonica si incardina su quattro presupposti tecnici: la legge, l'azione, la prova, la pena. Come ripeterò più avanti, la legge è la base necessaria sulla quale una giustizia che vuole procedere sulla certezza e non necessariamente sul consenso, deve porre il suo fondamento. Per sua natura, infatti, la legge (che tuttavia, è soggetta ad applicazione interpretativa) ha carattere di evidenza, assicura certezza e possiede il vigore necessario a conseguire l'obbedienza. Il dettato della legge non è assoggettabile a trattativa: può essere eluso o aggirato, ma rappresenta un elemento comunque antagonista alla logica del negoziato.

Azione e prova sono i due pilastri del processo pubblico a carattere inquisitorio che accompagna, incarna e rappresenta la giustizia di tipo egemonico. Si sa che i tipi processuali detti 'accusatorio' e 'inquisitorio' altro non sono che due modi di raccogliere le prove: la loro diversa struttura, il potere che hanno di cambiare la natura stessa della giustizia praticata, i differenti mezzi di cui sono dotati, vengono soltanto dalla diversa maniera di raggiungere la prova. Allo stesso modo, l'azione, privata e discrezionale, oppure pubblica e obbligata, connota in maniera assai differenziata le forme processuali alle quali può dare inizio. La giustizia di tipo egemonico si vale di un processo a prevalente azione pubblica (e sempre più invadente, con le sue *inquisitiones generales*), in un quadro in cui si riducono le violazioni perseguibili soltanto a querela di parte. Un processo nel quale la raccolta delle prove è affidata al potere di inchiesta del giudice e supportata da un corredo di mezzi intrusivi

[22] Giudici professionali, ordinamenti giudiziari organizzati per settori di competenza (daranno vita, come si sa, a un sistema intricato, ridondante, quasi barocco), magistratura con giurisdizione che oggi ci appare mista, amministrativa e giudiziaria. Poteri penetranti accordati ai giudici inquirenti, mezzi praticamente illimitati per la raccolta delle prove. Grandi leggi criminali (prevalentemente processuali) a valere per tutto lo stato, con abrogazione di legislazione e consuetudini locali, che imporranno seppure a grande fatica l'ulteriore marginalizzazione delle giustizie comunitarie. Infine, l'egemonia della giustizia statale (perché di questo si tratterà alla fine) verrà assicurata da grandi tribunali che lavoreranno all'unificazione degli stili giudiziari, dell'interpretazione della legge, delle politiche giudiziarie.

e coercitivi, ai quali fa da debole contraltare la precaria disponibilità di gracili strumenti difensivi a disposizione degli accusati.

Infine la pena. La giustizia egemonica è una macchina finalizzata principalmente all'inflizione della pena. Legge, azione, raccolta delle prove, convergono in un punto: mettere il giudice in condizione di punire coloro che hanno violato le leggi. In conclusione, riassumendone, per così dire, i termini costitutivi, la giustizia che indico come egemonica:

– svolge l'ufficio di far osservare la legge e lo *ius*,

– avendo come suo solo compito quello di applicarla,

– dandole necessario seguito,

– nei confronti di chiunque, inesonerabilmente, e fino in fondo,

– per giungere all'esito ordinario del processo penale, che è quello di: mettere sotto accusa il supposto autore di un fatto criminoso; provare, secondo le regole, la sua colpevolezza; irrogargli la pena prevista dalla legge o altra pena consentita dallo *ius*.

Il processo, così concepito, ha il potere di far slittare il senso e il significato della nozione stessa di giustizia, allontanandola dalla sfera semantica del distributivo e del risarcitorio, per metterla, come ho già avuto modo di dire, in quella della repressione e della 'lotta contro il crimine', che è azione politica, e risponde ad imperativi di tipo politico[23].

La dislocazione che l'egemonico realizza, spostando il fine della giurisdizione dalla giustizia alla repressione, si vale in primo luogo, come ho detto, della legislazione. La cosa apparirà chiaramente tra XVI e XVII secolo, quando le grandi leggi penali nazionali, indirizzate a modificare e rendere affidabili le politiche penali attraverso penetranti riforme del processo, cercheranno di imporre un nuovo stile di condotta agli apparati di giustizia. La divaricazione tra le due visioni della giustizia diverrà evidente in area tedesca con le furibonde resistenze delle popolazioni e delle comunità locali all'avvento della *Carolina* dopo il 1532, ed in area francese con la diffusa elusione di cui furono fatte oggetto l'*Ordonnance criminelle* del 1670, e, ben prima di essa, l'*Ordonnance di Villers-Côtteret* del 1539.

[23] Quelli usuali, quasi tutti tratti dalle argomentazioni dei giuristi romani, sono mille volte ripetuti nella produzione penalistica di diritto comune, fin dalla fase della glossa: «ne maleficia remaneant impunita», «iudex debet curare ut provincia quam regit malis hominibus sit purgata», «ne fiant mala exempla», «propter tumultum et scandalum evitandum», «ne cives ad arma veniant», «ne ludibrium fiat Principi vel legibus», e simili.

Lo stretto vincolo con il quale la giustizia egemonica si lega alla legge, si vale dell'idea – che viene veicolata dalle pratiche di giustizia e poi mano a mano si fa ideologia e senso comune – secondo la quale la violazione di un obbligo penale corrisponde sostanzialmente a una forma d'insubordinazione. È nel primo Trecento che la dottrina giuridica comincia a lavorare sull'identificazione della disobbedienza con la ribellione[24]. I giuristi non sono estranei alla produzione delle prime importanti fonti legislative organiche, e agiranno poi nel senso di integrare sempre di più nella giustizia penale ordinaria i criteri tipici della giustizia repressiva del dissenso politico.

Anche lo schema paradigmatico del reato politico si fonda sulla legge (è con la legge che il sovrano manifesta la sua volontà, e impegna quindi se stesso davanti ai sudditi) e cresce dentro il sistema penale, mentre le istituzioni si trasformano, si specializzano, si modellano dentro una logica 'costituzionale', fino a far affacciare un'idea di stato[25]. Il paradigma del reato politico – che passa attraverso l'egemonia del 'suo' processo – si fa vettore di un 'principio dell'obbedienza', al quale fa da sponda l'affermarsi corrispettivo di un «severo disfavore per l'infrazione». La sola disobbedienza alla legge penale diventa motivo di pena: cosa che appare del tutto ovvia ai nostri occhi, ma non era piccola novità, e fece grande fatica ad affermarsi, nel contesto di quelle società abituate ad un rapporto diverso con la dimensione del normativo, e a un altro modo di fare giustizia.

Le ragioni di fondo di questa trasformazione stanno, come è ovvio, nel potere politico del *princeps* (o della *respublica civitatis*, cioè di chi la governa) e nella logica espansiva di poteri pubblici istituzionalizzati (costituiti in apparato) e armati. Ma stanno anche in esigenze di prevenzione generale, pedagogiche, di rassicurazione dei sudditi, di ammonizione e terrizione, affidate al penale dell'ordine pubblico che invade la dimensione processuale; mentre il penale sostanziale, si direbbe per le stesse ragioni, si «peccatizza»

[24] Agli inizi del XIV secolo si pone, probabilmente, il momento fondativo di questa attitudine. Una massiccia produzione normativa fiorisce intorno allo scontro tra Enrico VII e Roberto d'Angiò, subito corredata da fondamentali interventi della dottrina (per tutti, il celebre *Consilium* di Oldrado da Ponte che muove dalla *Pastoralis cura* del 1314, e il commento di Bartolo alle costituzioni di Enrico del 1313, *Ad reprimendum* e *Quoniam nuper*, meglio conosciuta come costituzione *Qui sint rebelles*). Il quadro normativo è completato dalla clementina *Saepe contingit* (1314, datazione Kuttner) e dalla bolla *Romani Principes.*

[25] Un lungo discorso, destinato ad altra sede, potrebbe tentare uno schizzo dell'evoluzione da uno 'stato di giustizia' ad uno 'stato legale', fino ad arrivare allo 'stato di diritto': figure convenzionali, o *Idealtypen* difficili da ritrovare nelle concrete realtà storiche, ma utili per sistemare e comprendere gli orientamenti di fondo del rapporto tra giustizia e forme costituzionali dei sistemi politici.

progressivamente, facendosi etico e paternalistico[26]. L'apparato svolge una funzione di 'modello', e progressivamente induce un'omologazione della giustizia negoziata 'tradizionale', che passo dopo passo finisce per colorarsi dei modi, dello stile – fino a farsi in fine assorbire nel tipo – della giustizia egemonica.

La forza egemonica della giustizia di apparato sta soprattutto nel fatto che essa si trova in forte correlazione con la forma costituzionale assunta dalle città nella loro più tarda fase, e poi con quella che sarà propria degli stati dell'età moderna. L'osservazione delle linee costituzionali delle formazioni politiche ha fondamentale importanza nello studio del penale, perché esso tende a conformarsi, starei per dire necessariamente, alle logiche costituzionali dei poteri che lo esprimono. Il discorso si farebbe qui troppo lungo, se volessi tentare di analizzare le dinamiche delle formazioni statali di età moderna in area italiana, in relazione alle trasformazioni del diritto penale e al mutamento di funzione che investe il processo. Come ho già avvertito sopra, è la stessa idea di giustizia che viene condotta a una lenta ma radicale trasformazione, perché la natura stessa dei poteri egemoni implica una dislocazione di tutte le logiche di obiettivo dalle periferie verso il centro, dal basso verso l'alto, dal vincolo orizzontale alla soggezione verticale, dalle prassi relazionali come contesto del giudizio, all'apparato come matrice di esso. In termini *lato sensu* costituzionali, la verticalizzazione dei processi di potere che mano a mano investe gli stati dell'età moderna, e la produzione normativa che ad essa si collega, si fanno vettore di un sistema giudiziario modellato sui caratteri del penale egemonico; ne consegue la graduale instaurazione di una giustizia disposta a ordinamento, gerarchizzata, con livelli centrali dominanti e livelli periferici delegati, orientata da tribunali apicali che tendono a uniformare politiche giudiziarie, stili delle curie e prassi locali.

Vale la pena di ripetere che, tuttavia, e malgrado tutto ciò, solo una piccolissima parte dell'ideologia della composizione morirà per sempre. Il grosso permarrà, sia pure dentro un processo di progressiva marginalizzazione, e continuerà ad affiancare la giustizia egemonica di apparato mantenendo un rango 'quantitativo' di tutto rispetto. Non solo. Tra i due livelli sembra

[26] Questo è quanto mi sembra di cogliere negli esiti cinquecenteschi della progressiva affermazione dell'egemonico: le norme penali positive sempre più invasive e 'disciplinanti', quelle processuali ormai consolidate nella logica della repressione mutuata dal 'processo pensato per il nemico' (gli eretici, alle origini canonistiche; i ribelli, nel prosieguo degli stati). Ma si tratta, una volta ancora, di linee tendenziali, di scenari, o prospettive, che andranno precisate, circostanziate e messe con i piedi per terra.

realizzarsi una vera e propria osmosi degli stili di condotta, nel senso che se la giustizia negoziata soffre l'egemonia della giustizia di apparato e ad essa insensibilmente si conforma, quest'ultima finisce per adottare più d'uno dei caratteri della prima. In particolare, l'ideologia del negoziato sembra abbandonare la fase di avvio del processo e quella del suo svolgimento, per rifugiarsi nel momento dell'esecuzione penale. È a sentenza emanata e a pena stabilita che si riapre il *bargaining*, secondo una logica che è del tutto simile a quella che ispirava la giustizia negoziata classica: tornano in gioco i livelli di integrazione e di protezione, *l'intuitus personae*, la mediazione dei potenti, il ruolo della comunità, l'influenza della Chiesa, le risorse che è possibile mettere in campo e, perché no, l'arbitrio di chi ha il potere di decidere[27].

Il quadro è dunque ordinato e complicato allo stesso tempo. Linee di tendenza distinguibili e classificabili emergono con sufficiente chiarezza, a saperle vedere e cogliere, ma la distinzione deve tenere conto della complessità, e le classificazioni si presentano rischiose. Come spesso nella ricerca storica.

[27] L'ultimo contributo, ed uno dei più significativi, su questo punto, è il saggio di P. SCHUSTER, *Il funzionamento quotidiano della giustizia nel tardo medioevo: i registri contabili come fonte di storia criminale*, in «Quaderni storici», 34, 1999, 102, pp. 749-779, nel quale si documenta (in relazione alla città imperiale di Konstanz) il massiccio intervento che il consiglio cittadino (che, bisogna dire, esprimeva il tribunale), opera nella riduzione, commutazione e cancellazione delle pene irrogate in conseguenza di un giudizio, malgrado nessuna previsione normativa consentisse di aprire trattative sulla fase esecutiva della pena stabilita dal tribunale, o di mutare una pena in un'altra meno afflittiva o meno onerosa. Occorre dire, però, che il saggio di Schuster riguarda la metà del secolo XV, che in tutta l'area tedesca è fase di egemonico debole. Sarebbe interessante vedere che cosa sarà di queste pratiche una volta affermatasi la *Carolina*, che apre in quelle stesse aree una contrastata fase di egemonico forte.

Die frühmoderne Justiz zwischen Staat und Gesellschaft. Eine Tagungsnachlese

von *Gerd Schwerhoff*

Um ihr eigenes Tun zu charakterisieren, greifen Historiker gerne auf Metaphern zurück. Bekannt wurde etwa die martialische Formel Fernand Braudel's vom «Historiker als Menschenfresser». Im Anschluß an Carlo Ginzburg, der den frühneuzeitlichen «Inquisitor als Anthropologen» bezeichnete, läge nichts näher, als diejenigen Historiker, die mit den Akten der – kirchlichen und weltlichen – Inquisitionsgerichte arbeiten, ihrerseits als Inquisitoren 'zweiter Ordnung' zu sehen. Und in der Tat besteht die Gefahr, die historischen Akteure vor den Gerichtshof der Geschichte zu zitieren und aufgrund der Aktenlage erneut über sie zu Gericht zu sitzen. Die Historikerinnen und Historiker aus Italien und Deutschland, die im Oktober 1999 in Trient zur Tagung «Criminalità e guistitia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo Medioevo ed Età moderna» zusammenkamen, verfolgten ein ungefährlicheres und zugleich bescheideneres Ziel. Sie wollten einen ersten Versuch wagen, gemeinsam ein Forschungsfeld zu vermessen, das sowohl in der italienischen wie auch in der deutschen Historiographie einen wichtigen Stellenwert besitzt[1].

Vermessungsarbeiten dienen herkömmlich zur Herstellung von Kartenmaterial, mit dessen Hilfe sich Fremdlinge und Reisende orientieren können. Eine nur einigermaßen vollständige Forschungslandkarte konnte mit dem vorliegenden Band jedoch nicht vorgelegt werden – nicht zuletzt deshalb, weil der Vergleich zwischen Historikern und Landvermessern (wie jede Metapher) hinkt. Landvermesser haben eindeutig definierte Untersuchungsobjekte, Parameter und Methoden, um ihr Ziel, die maßstabsgetreue Abbildung geomorphologischer Tatbestände, zu erreichen. Historiker dagegen können die Vergangenheit kaum maßstabsgerecht abbilden; ihr

[1] Als Beitrag zur Schlußdiskussion der Tagung in Trient konzipiert, zeichnet der folgende Essay einige Grundlinien nach, die mir als gemeinsamer Ertrag unseres Projektes wichtig zu sein schienen. Ich verzichte darauf, die kurzen Bemerkungen durch einen großen Fußnotenapparat aufzublähen. Neueste Forschungsberichte und Fallstudien finden sich in A. BLAUERT - G. SCHWERHOFF (edd), *Kriminalitätsgeschichte. Beiträge zur Sozial- und Kulturgeschichte der Vormoderne*, Konstanz 2000.

Forschungsfeld konstituiert sich durch den Wandel von Erkenntnisinteressen, Theorien und Methoden immer wieder neu. So war es die erste Aufgabe der Beteiligten, sich die unterschiedlichen Perspektiven der italienischen und deutschen Forschung auf das gemeinsame Themenfeld bewußt zu machen und nach gemeinsamen Diskussionsfeldern zu suchen.

Was die potentielle Vergleichbarkeit der italienischen und der deutschen Forschungslage angeht, so konnte man im Vorfeld der Tagung optimistisch sein. Der Themenkomplex «Recht und Justiz» steht in beiden historiographischen Wissenschaftskulturen seit langem hoch im Kurs. Eine gewisse Verspätung sowohl der italienischen wie der deutschsprachigen Forschung[2] ist dagegen, jedenfalls im Vergleich zur angloamerikanischen oder zur frankophonen Forschung, für das spezielle Themenfeld «Devianz und Kriminalität» zu konstatieren. Vergleichbar sind Italien und Deutschland ebenso auf der Objektebene der politisch-administrativen Rahmenbedingungen in der Vormoderne: Hier wie dort stößt man auf territoriale Zersplitterung und eine relative Autonomie der Städte.

Die Tagung brachte aber durchaus auch charakteristische historische wie historiographische Unterschiede zu Tage. Zum Teil begannen sie schon auf der sprachlichen Ebene – wie sollten z. B. die im Tagungstitel aufscheinenden «linguaggi giuridici» angemessen ins Deutsche übertragen werden? Wichtiger aber waren unterschiedliche Akzentsetzungen im Inhaltlichen. Hier fokussierten viele der italienischen Beiträge den zeitgenössischen Diskurs der Rechtsgelehrten. So reflektierte Paolo Marchetti über die *iurisdictio* als Bezugspunkt der Territorialgrenze im Denken spätmittelalterlicher Rechtsgelehrter wie Baldus und Bartolus. Und Beatrice Maschietto zeigte anschaulich, wie der Jurist Filippo Maria Renazzi im 18. Jahrhundert aufklärerisches Denken und das überkommene Strafrecht des Ancien Régime zu versöhnen trachtete. Viele deutsche Beiträge präferierten dagegen den Zugang über Quellen aus der Rechtspraxis, über Kriminalakten, Zeugenverhöre und Urteilssprüche. In polemischer Zuspitzung – und sicher nicht ganz ernst gemeint – wurde sogar in der Diskussion von deutscher Seite formuliert, es sei doch ganz vorteilhaft, daß keine ausgefeilte zeitgenössische Reflexion den Blick auf die Rechtspraxis verstelle.

Der skizzierte Unterschied gründet sicherlich zum Teil auf einer unterschiedlichen Quellenüberlieferung nördlich und südlich der Alpen. Auf

[2] Vgl. zur Verspätung der deutschen Forschung G. SCHWERHOFF, *La storia della criminalità nel tardo medioevo e nella prima età moderna. Il 'ritardo' di un settore della ricerca tedesca*, in «Annali dell' Istituto storico italo-germanico in Trento», XXIV, 1998, S. 573-630.

die Dichte des überlieferten zeitgenössischen Rechtsdiskurses schon im spätmittelalterlichen Italien kann jeder deutsche Historiker nur mit Neid blicken. Da aber auch die Quellen der Rechtspraxis in Italien in weitaus größerer Zahl erhalten sind als in Deutschland, müssen die Gründe für die unterschiedliche Akzentsetzung auch in unterschiedlichen historiographischen Traditionen bzw. im Umgang mit ihnen begründet sein. Die neuere italienische Forschung scheint sich stark auf die – in beiden Ländern mit einer ehrwürdigen Tradition versehene – Rechtsgeschichte zu beziehen; die deutsche neigt demgegenüber dazu, sich von dieser Rechtsgeschichte zunächst einmal abzugrenzen, weil sie deren Hinterlassenschaft als z.T. problematisch empfindet. Ebenso unterschiedlich scheinen die Anknüpfungspunkte beider Forschungskulturen in der internationalen Forschung zu sein: Während die deutschen Kriminalitätsforscher stark die angloamerikanische '*social-control*-Forschung' rezipierten (vgl. den Beitrag von Martin Dinges im vorliegenden Band), beziehen sich die italienischen Kollegen eher auf die 'Juridische Anthropologie' französischer Provenienz, die die Bedeutung des Rechts für Gesellschaft, Kultur und Politik als Ganzes in den Blick nehmen will.

Die Trienter Tagung offenbarte also durchaus Differenzen. Dabei dürfen diese holzschnittartigen Charakterisierungen nicht dazu führen, die jeweilige 'nationale' Homogenität zu überzeichnen; sowohl die italienische wie die deutsche Justizforschung zeichnet sich durch eine Pluralität der Methoden und Fragestellungen aus, eine Pluralität, die hier nicht näher entfaltet werden kann. Statt dessen sollen die gemeinsamen Perspektiven herausgestellt werden, die bei unserer Zusammenkunft sichtbar geworden sind. Wiederum zugespitzt und idealtypisch sind zwei gegenläufige, sich jedoch ergänzende Blickwinkel zu unterscheiden: Man kann das Forschungsfeld einerseits eher vom entstehenden Staat und seinem Justizapparat her denken, andererseits eher von der Gesellschaft bzw. den beteiligten Gruppen und Akteuren her.

Sowohl in Deutschland wie in Italien dominierte lange eine etatistische Blickrichtung. Definiert man, wie es üblich ist, Kriminalität als die «Summe aller strafrechtlich mißbilligten Handlungen», dann ist das Auftreten von Kriminalität untrennbar an die «Entstehung des öffentlichen Strafrechts» im Spätmittelalter und in der Frühen Neuzeit gebunden[3]. Dazu gehört die Ausdifferenzierung des materiellen Strafrechts mit seinem Katalog unter-

[3] Vgl. D. WILLOWEIT (ed), *Die Entstehung des öffentlichen Strafrechts. Bestandsaufnahme eines europäischen Forschungsproblems*, Köln 1999; H. SCHLOSSER - D. WILLOWEIT (edd), *Neue Wege strafrechtsgeschichtlicher Forschung*, Köln 1999.

schiedlicher Straftatbestände ebenso wie die Entwicklung eines komplexen Prozeßrechts, vor allem in Gestalt des Inquisitionsprozesses mit seinen typischen 'Beweismitteln' (etwa der Folter), oder die Institutionalisierung eines professionalisierten Justizapparates mit seinem gelehrten Personal. Das Strafrecht wiederum darf als ein bedeutendes Vehikel frühmoderner Staatlichkeit gelten; nicht umsonst waren schon in der spätmittelalterlichen politischen Theorie *iurisdictio* und *imperium* eng verschwistert – der Beitrag von Alfredo Viggiano vermochte diesen Zusammenhang auf der Tagung am historischen Exempel sinnfällig zu machen. Ohne dieses Vehikel wäre jene Monopolisierung legitimer physischer Zwangsgewalt, die nach Max Weber das Wesen des Staates ausmacht, nicht möglich gewesen. Dabei lassen sich die repressive und die konstruktive Seite der frühmodernen Strafjustiz, gemeinhin von den Begriffen «Disziplinierung» und «Verrechtlichung» markiert, kaum voneinander trennen. Dem Verbot der Selbsthilfe und der Drohung mit grausamen Körperstrafen stand das Angebot neuer Konfliktregelungsmechanismen und Rechtsinstanzen gegenüber. Diese hier nur in wenigen kräftigen Strichen skizzierte Entwicklung in ihren Facetten genauer auszuleuchten, bleibt eine zentrale Aufgabe der Forschung. Neben dem weitgespannten Vortrag von Andrea Zorzi stellte sich vor allem der Beitrag von Andreas Blauert dieser Aufgabe. Er kann die 'Verstaatlichung' der Strafjustiz am Beispiel einer ganz speziellen Quellengruppe aufzeigen. Die Urfehde, der Racheverzichtseid, existierte zwar vom 14. bis zum 18. Jahrhundert, veränderte jedoch deutlich seine Funktion: Aus einem Sühneinstrument wurde ein Strafmittel des frühmodernen Staates.

In handbuchartiger Verkürzung erscheinen die geschilderten Entwicklungen immer noch häufig als ein linearer Modernisierungsvorgang mit fast zwangsläufigem Charakter. Bei näherem Hinschauen, das erwiesen viele Beiträge zur Trienter Tagung, entpuppen sie sich jedoch als komplexe und widersprüchliche Prozesse, die nicht vom abstrakten Wirken eines Weltgeistes, sondern vom Zusammenspiel verschiedenster Interessen und Akteure bestimmt waren. Für die spätmittelalterlichen italienischen Städte unterstrich Andrea Zorzi, wie eng die stärkere Formalisierung und Zentralisierung der Strafjustiz mit dem Aufstieg neuer sozialer Gruppen und der Änderung politischer Machtverhältnisse zusammenhing; die vormalige relative Homogenität der städtischen Führungsschichten wurde gesprengt, breitere Bevölkerungsschichten erhielten erstmals Zugang zur Justiz. Eine Zunahme an gesellschaftlicher Komplexität war folglich für deren Modernisierung verantwortlich. Parallel dazu können die Ergebnisse von Michael Frank über das frühneuzeitliche Lippe gelesen werden. Die Disziplinierungsbemühungen des frühmodernen deutschen Kleinstaates waren in

diesem Fall erst dann erfolgreich, als er eine Allianz mit der dörflichen Oberschicht einging. Simona Cherutti schließlich demonstrierte in ihrem Tagungsbeitrag, wie eng das Schicksal eines Rechtsinstitutes wie des «Summarischen Prozesses» in Turin mit den Konflikten zwischen dem Turiner Adel und der Kaufmannschaft verwoben war.

Gegen einfache Modernisierungsmodelle spricht auch der Befund, daß ältere Formen der Schlichtung und Regulierung von Konflikten im Fortschreiten der Verstaatlichungs- und Verrechtlichungsprozesse nicht einfach wegfallen, sondern ihr Gesicht verändern. Ältere Konfliktregulierungsmechanismen verbinden sich mit neuen Formen 'staatlicher' Strafjustiz. Für die spätmittelalterliche Stadt in Italien läßt sich regelmäßig beobachten, daß geflohene Delinquenten von einer sicheren Bastion jenseits der Grenze mit der Strafjustiz über ihre Sanktionen verhandeln. 'Informelle' Formen der Konfliktregelung verlieren auch am Beginn der Frühen Neuzeit keineswegs an Bedeutung, wie Marco Bellabarba am Beispiel privater Schlichtungen und notarieller Vereinbarungen unter norditalienischen Adligen demonstrierte; derartige Vereinbarungen sieht er vielmehr als essentieller Bestandteil für die Erfüllung einer friedensstiftenden Funktion durch den entstehenden Staat. Immer wieder wurde die Symbiose der Strafjustiz mit der Ebene des *infrajudiciaire* auf der Tagung zur Sprache gebracht[4].

Die angesprochenen Beispiele zeigen, daß sich die etatistische Perspektive differenzieren und ergänzen läßt. Gerade aus Sicht einer deutschen Forschung, in der die Staatszentrierung lange Zeit allzu sehr dominiert hat, erscheint jedoch ein völliger Perspektivenwechsel hin zu einer gesellschaftszentrierten Sichtweise besonders attraktiv. Eine solche Sichtweise versucht zunächst, die konkret beteiligten Gruppen und Akteure in den Blick zu nehmen: Kläger und Beklagte, Zeugen und Denunzianten. Gefragt wird nach den Handlungsspielräumen und -optionen dieser 'Justiznutzer', nach der Art, wie sie im Zusammenspiel zwischen gerichtlichen und außergerichtlichen Möglichkeiten ihre Interessen vertraten und ihre Konflikte austrugen. Ebenso wenig, wie eine 'staatliche' Perspektive ohne die Berücksichtigung der Akteure auskommt, kann eine 'gesellschaftliche' Perspektive auf die sorgfältige Rekonstruktion des institutionellen Kontextes verzichten. Eine wichtige Option der Justiznutzer angesichts der vormodernen Pluralität der Instanzen konnte für einen Kläger die Wahl des zuständigen Gerichts darstellen. Sollte er vor das kirchliche oder vor das weltliche Gericht ziehen? Sollte er eine Zivilklage einreichen oder

[4] F. Loetz, *L'infrajudiciaire. Facetten und Bedeutung eines Konzepts*, in A. Blauert - G. Schwerhoff (edd), *Kriminalitätsgeschichte*, S. 545-562.

versuchen, das Kriminalgericht einzuschalten? War das Niedergericht oder das Hochgericht zuständig? Das sind nur einige grundsätzliche Fragen, die noch längst nicht die Fülle von prinzipiell möglichen Optionen ausleuchten; ihre konkrete Wahl hing vom jeweiligen Kontext, von der konkreten Konfliktkonstellation und den beteiligten Personen ab.

Beispiele für die Handlungsspielräume in rechtlichen Institutionen präsentierte in Trient unter anderen Karl Härter. Er konnte eine eigenartige Spielart den Nutzung von Strafjustiz für das 18. Jahrhundert nachweisen: Junge Frauen und Paare zeigten sich vor Kurmainzer Kriminalgerichten selbst wegen unehelicher Schwängerung an, um – unter Inkaufnahme einer relativ milden Strafe – die rigiden Ehehindernisse zu umgehen und eine Heiratserlaubnis geradezu zu 'erzwingen'. Besonders hervorstechend waren in diesem Zusammenhang aber die Darlegungen von Massimo della Misericordia. In seinem Untersuchungsraum, dem Veltlin am Ausgang des Mittelalters, stellte sich den Akteuren nicht allein die Grundsatzfrage 'Geistliche oder weltliche Gerichtsbarkeit'? Vielmehr war die kirchliche Gerichtsbarkeit selbst in verschiedene Instanzen und Amtsträger aufgespalten, sodaß sich vielfältige Handlungsspielräume für die Prozeßparteien eröffneten, ob als förmliche Appellation oder einfach als Mobilisierung einer konkurrierenden Instanz. Insgesamt nahm die skizzierte Pluralität im Verlauf des frühneuzeitlichen 'Verstaatlichungsprozesses' eher ab. Häufig aber verlagerten sich lediglich die Handlungsräume: Wo früher gewissermaßen der Löwenanteil von sozialen Kontrollhandlungen und Konfliktmanagement im Vorhof der Justiz, wenn nicht gänzlich außerhalb ihrer Einflußsphäre, verhandelt worden war, verlagerten sich diese Aktionen nun ins 'Innere' des Justizapparates. «Verstaatlichung» und «Entstehung eines öffentlichen Strafrechts» bedeuten also nicht zwangsläufig eine Ausblendung der Spielregeln sozialer Kontrolle.

Daß die Staatsperspektive und die Gesellschaftsperspektive nicht unvereinbar nebeneinander stehen, sondern sich notwendigerweise ergänzen müssen, zeigt eine Figur, die in vielen Beiträgen zur Tagung im Mittelpunkt stand: der Justizbeamte. Seine Rolle bestand ja gerade in der Vermittlung von rechtlichen Normen und gesellschaftlicher Realität, zwischen juristischen und sozialen Gesichtspunkten. Er hatte das Recht anzuwenden und zu interpretieren, nicht lediglich darüber zu reflektieren. Karl Härter und Harriet Rudolph haben diese Scharnierfunktion gut herausgearbeitet und deshalb zwischen den vermeintlich antagonistischen Polen 'Theorie' und 'Praxis' eine fruchtbare Vermittlung hergestellt. Gerade Rudolphs Anliegen war es, die Handlungsspielräume der Juristen im Hochstift Osnabrück herauszuarbeiten: Diese konnten auf einen Prozeß verzichten, die Sache

an das Niedergericht überweisen, ein mildes Urteil erwirken oder strenge Urteile durch Gnadenerweise abzumildern versuchen. Als Vermittler zwischen harten Normen und ebenso harten sozialen Realitäten, die den Normbruch häufig unvermeidlich erscheinen ließen, zwischen der rechtlichen Tradition des «Theaters des Schreckens» und aufklärerischen Reformidealen, zwischen dem Gesichtspunkt der Generalprävention und demjenigen der Einzelfallentscheidung waren sie von zentraler Bedeutung. Die Rechtspraxis, so läßt sich schußfolgern, bildet demzufolge eine ebenso zentrale Quelle für das Selbstverständnis der Rechtsgelehrten wie der normative Diskurs, wie er in Rechtshandbüchern und Gesetzestexten seinen Niederschlag gefunden hat.

Um die Vermittlung zwischen Rechtssystem und Gesellschaft geht es auch, wenn wir uns einer klassischen 'kriminalitätshistorischen' Frage zuwenden: Wie wird aus der Tat eine Straf-Tat, aus sozialem Handeln eine justiziables Delikt? Die traditionelle Rechtsgeschichte sah hier kein Problem: Lag eine entsprechende Norm vor, und wurde ein Vergehen festgestellt, dann war der Rest sozusagen Formsache. Daß dabei der Katalog von Normen tatsächlich starkem historischem Wandel unterworfen war, sah allerdings schon die ältere Rechtsgeschichte klar. Die neuere Kriminalitätsgeschichte hat diesen Tatbestand in den Mittelpunkt ihres Interesses gestellt und vertiefend analysiert; so konnten säkulare Prozesse von Kriminalisierung und Entkriminalisierung deutlich herausgearbeitet werden. Xavier Rousseaux, der in Trient gleichsam als Beobachter der «International Association of the History of Crime and Criminal Justice» fungierte, hat einen klassischen Kriminalisierungsprozeß beschrieben, den Weg der Gewalt und insbesondere des Totschlagdeliktes «from case to crime», von einem Konfliktregelungsmechanismus, den das spätmittelalterliche Strafrecht vornehmlich mit 'restituiven' Mitteln bearbeitete, zu einem peinlich gestraften Kapitaldelikt[5]. Der 'Aufstieg' des neuen 'Superverbrechens' Hexerei im 15. Jahrhundert und seine Dekonstruktion im 18. Jahrhundert stellt wohl das markanteste Beispiel für (Ent-)Kriminalisierungsprozesse im Untersuchungszeitraum dar. Wie kompliziert diese Entwicklung im Einzelnen verlief, beleuchtete in Trient der Vortrag von Peter Wettmann-Jungblut über das Delikt des Schatzgrabens, das im aufgeklärten 18. Jahrhundert eine Hochkonjunktur erlebte. Über den Charakter und das Gewicht dieses Vergehens bestand unter den Zeitgenossen keineswegs Einigkeit: Handelte es sich um verbotene Magie oder um bloßen Aberglauben? Oder stellte das Graben nach

[5] X. ROUSSEAUX, *From Case to Crime. Homicide Regulation in Medieval and Modern Europe*, in D. WILLOWEIT (ed), *Entstehung des öffentlichen Strafrechts*, S. 143-175.

heimlichen Schätzen eher eine Gotteslästerung dar oder einfach eine Form des Betruges?

Die soziale Konstruktion eines Verbrechens ist aber nicht nur deshalb ein komplexer Vorgang, weil die Normen in der Zeit variieren. Auch wenn man die Zeitachse einmal ausblendet, muß konkretes Handeln immer auf eine Norm bezogen werden, um eine Straftat zu konstituieren. Ob amorphes soziales Handeln oder abweichendes Verhalten vorlag, war vor der Hand vielfach unklar. Francisca Loetz machte uns z.B. mit den Bewertungsspielräumen gegenüber Sprechakten bekannt, die man als grausame Blasphemien streng bestrafen, ebenso gut aber als verbale Ausrutscher nur mit leichten Sanktionen belegen oder über die man im Extremfall vielleicht völlig hinwegsehen konnte. Und was die einen, so kann man dem Beitrag von Katharina Simon-Muscheid entnehmen, als verwerflichen Diebstahl im Haus einer Todkranken ansahen, versuchten die anderen als legitime Ausübung ihres Erbrechtes zu verteidigen.

Die Definitionsmacht bei der Konstruktion eines Delikts lag dabei zunächst schwerpunktmäßig bei den Instanzen horizontaler sozialer Kontrolle: bei der Familie, bei den Nachbarn oder den Berufskollegen. Um das Räderwerk der Justiz in Bewegung zu setzen, waren Anzeigen bzw. Denunziationen ebenso entscheidend wie die Verteidigung der Beschuldigten durch ihr soziales Umfeld. Wurde die Justiz einmal tätig, dann verlagert sich die Kontrolle von der horizontalen auf die vertikale Dimension; zugleich formalisierte sie sich, indem die speziellen Regeln des teilautonomen Rechtssystems nun den Fortgang der Ereignisse bestimmten. Aber die Autonomie dieses Systems und seine Abkoppelung von den gesellschaftlichen Normen darf nicht überbewertet werden. Keineswegs bestand die Tätigkeit der Juristen im mechanistischen Subsumieren von Einzelfällen unter allgemeine Rechtsregeln; vielmehr nahm der komplexe Konstruktionsprozeß des Verbrechens seinen Fortgang. Welches Delikt genau liegt vor, so war zu klären, und wie schwer wiegt es? Wie sind die Tatumstände zu gewichten, und wie sieht der soziale Kontext aus? Hier kommt die eben angesprochene vermittelnde Rolle der Juristen ins Spiel, die aus einem Fundus an (oft widersprüchlichen) Normen schöpfen und Argumente gewinnen, denen aber Spielräume der Entscheidung und des Aushandelns bleiben. Und weiter: Auch innerhalb des Justizverfahrens bleiben die Instanzen der horizontalen Sozialkontrolle wichtig: als Zeugen, die – für oder gegen jemanden – aussagen, sich herausreden oder gänzlich schweigen; als Strippenzieher im Hintergrund; oder als Supplikanten, die Fürbitte leisten und Gnade erlangen wollen. Es erweist sich damit einmal mehr, daß die beiden zunächst idealtypisch geschiedenen Forschungsperspektiven (einmal vom

Rechtssystem, zum anderen von der Gesellschaft ausgehend) eng verzahnt sind.

Die italienisch-deutschen Vermessungsarbeiten auf dem Forschungsfeld 'Justiz und Kriminalität' haben, so läßt sich resümieren, das Thema längst nicht ausschöpfen können. So wären die empirischen Arbeiten zukünftig, wie von Michael Frank angemahnt, stärker auf theoretische und methodische Konzepte zu beziehen[6]. Aber es sollte ohnehin nicht um die Arrondierung eines fest umrissenen, starren Terrains gehen. Immerhin konnten einige instruktive Schneisen durch eine reizvolle historiographische Landschaft geschlagen werden. Die Beiträge des vorliegenden Bandes sollten als Wegbeschreibungen von Nutzen sein, auf deren Spuren nachfolgende Projekte weitere, vielleicht breitere und besser befestigte Straßen bauen könnten. Nicht zuletzt erbringen sie, so denke ich, den Nachweis, daß die eingeschlagenen Wege nicht in die Wüste führen, sondern durch äußerst fruchtbares Gelände.

[6] Vgl. den Überblick in G. SCHWERHOFF, *Aktenkundig und gerichtsnotorisch. Einführung in die historische Kriminalitätsforschung*, Tübingen 1999, S. 69 ff.

Finito di stampare nel dicembre 2001
dalle Arti Grafiche Editoriali Srl, Urbino

Pubblicazioni dell'Istituto storico italo-germanico in Trento

Annali

I	1975
II	1976
III	1977
IV	1978
V	1979
VI	1980
VII	1981
VIII	1982
IX	1983
X	1984
XI	1985
XII	1986
XIII	1987
XIV	1988
XV	1989
XVI	1990
XVII	1991
XVIII	1992
XIX	1993
XX	1994
XXI	1995

XXII 1996
XXIII 1997
XXIV 1998
XXV 1999
XXVI 2000

Quaderni

1. Il cattolicesimo politico e sociale in Italia e Germania dal 1870 al 1914, a cura di *Ettore Passerin D'Entrèves* e *Konrad Repgen*
2. Il movimento operaio e socialista in Italia e Germania dal 1870 al 1920, a cura di *Leo Valiani* e *Adam Wandruszka*
3. I poteri temporali dei vescovi in Italia e Germania nel Medioevo, a cura di *Carlo Guido Mor* e *Heinrich Schmidinger*
4. Il Concilio di Trento come crocevia della politica europea, a cura di *Hubert Jedin* e *Paolo Prodi*
5. Il liberalismo in Italia e in Germania dalla rivoluzione del '48 alla prima guerra mondiale, a cura di *Rudolf Lill* e *Nicola Matteucci*
6. Austria e province italiane 1815-1918: potere centrale e amministrazioni locali. III Convegno storico italo-austriaco, a cura di *Franco Valsecchi* e *Adam Wandruszka*
7. La dinamica statale austriaca nel XVIII e XIX secolo. Strutture e tendenze di storia costituzionale prima e dopo Maria Teresa, a cura di *Pierangelo Schiera*
8. Le città in Italia e in Germania nel Medioevo: cultura, istituzioni, vita religiosa, a cura di *Reinhard Elze* e *Gina Fasoli*
9. Università, accademie e società scientifiche in Italia e in Germania dal Cinquecento al Settecento, a cura di *Laetitia Boehm* e *Ezio Raimondi*
10. Federico Barbarossa nel dibattito storiografico in Italia e in Germania, a cura di *Raoul Manselli* e *Josef Riedmann*
11. La transizione dall'economia di guerra all'economia di pace in Italia e in Germania dopo la prima guerra mondiale, a cura di *Peter Hertner* e *Giorgio Mori*
12. Il nazionalismo in Italia e in Germania fino alla prima guerra mondiale, a cura di *Rudolf Lill* e *Franco Valsecchi*

13. Aristocrazia cittadina e ceti popolari nel tardo Medioevo in Italia e in Germania, a cura di *Reinhard Elze* e *Gina Fasoli*
14. Finanze e ragion di Stato in Italia e in Germania nella prima Età moderna, a cura di *Aldo De Maddalena* e *Hermann Kellenbenz*
15. Konrad Adenauer e Alcide De Gasperi: due esperienze di rifondazione della democrazia, a cura di *Umberto Corsini* e *Konrad Repgen*
16. Strutture ecclesiastiche in Italia e in Germania prima della Riforma, a cura di *Paolo Prodi* e *Peter Johanek*
17. Il Trentino nel Settecento fra Sacro Romano Impero e antichi stati italiani, a cura di *Cesare Mozzarelli* e *Giuseppe Olmi*
18. Le visite pastorali. Analisi di una fonte, a cura di *Umberto Mazzone* e *Angelo Turchini*
19. Romani e Germani nell'arco alpino (secoli VI-VIII), a cura di *Volker Bierbrauer* e *Carlo Guido Mor*
20. La repubblica internazionale del denaro tra XV e XVII secolo, a cura di *Aldo De Maddalena* e *Hermann Kellenbenz*
21. Fascismo e nazionalsocialismo, a cura di *Karl Dietrich Bracher* e *Leo Valiani*
22. Cultura politica e società borghese in Germania fra Otto e Novecento, a cura di *Gustavo Corni* e *Pierangelo Schiera*
23. Istituzioni e ideologie in Italia e in Germania tra le rivoluzioni, a cura di *Umberto Corsini* e *Rudolf Lill*
24. Crisi istituzionale e teoria dello stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale, a cura di *Gustavo Gozzi* e *Pierangelo Schiera*
25. L'evoluzione delle città italiane nell'XI secolo, a cura di *Renato Bordone* e *Jörg Jarnut*
26. Fisco religione Stato nell'età confessionale, a cura di *Hermann Kellenbenz* e *Paolo Prodi*
27. La «Conta delle anime». Popolazioni e registri parrocchiali: questioni di metodo ed esperienze, a cura di *Gauro Coppola* e *Casimira Grandi*
28. L'attesa della fine dei tempi nel Medioevo, a cura di *Ovidio Capitani* e *Jürgen Miethke*
29. Enciclopedia e sapere scientifico. Il diritto e le scienze sociali nell'Enciclopedia giuridica italiana, a cura di *Aldo Mazzacane* e *Pierangelo Schiera*

30. Statuti città territori in Italia e Germania tra Medioevo ed età moderna, a cura di *Giorgio Chittolini* e *Dietmar Willoweit*

31. Il «Kulturkampf» in Italia e nei paesi di lingua tedesca, a cura di *Rudolf Lill* e *Francesco Traniello*

32. I concetti fondamentali delle scienze sociali e dello Stato in Italia e in Germania tra Ottocento e Novecento, a cura di *Raffaella Gherardi* e *Gustavo Gozzi*

33. Il Nuovo Mondo nella coscienza italiana e tedesca del Cinquecento, a cura di *Adriano Prosperi* e *Wolfgang Reinhard*

34. Visite pastorali ed elaborazione dei dati. Esperienze e metodi, a cura di *Cecilia Nubola* e *Angelo Turchini*

35. Il secolo XI: una svolta?, a cura di *Cinzio Violante* e *Johannes Fried*

36. Dalla città alla nazione. Borghesie ottocentesche in Italia e in Germania, a cura di *Marco Meriggi* e *Pierangelo Schiera*

37. L'organizzazione del territorio in Italia e Germania: secoli XIII-XIV, a cura di *Giorgio Chittolini* e *Dietmar Willoweit*

38. Le minoranze fra le due guerre, a cura di *Umberto Corsini* e *Davide Zaffi*

39. Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna, a cura di *Giorgio Chittolini, Anthony Molho* e *Pierangelo Schiera*

40. Disciplina dell'anima, disciplina del corpo e disciplina della società tra medioevo ed età moderna, a cura di *Paolo Prodi*

41. Regioni di frontiera nell'epoca dei nazionalismi. Alsazia e Lorena / Trento e Trieste, 1870-1914, a cura di *Angelo Ara* e *Eberhard Kolb*

42. Saperi della borghesia e storia dei concetti fra Otto e Novecento, a cura di *Raffaella Gherardi* e *Gustavo Gozzi*

43. Il luogo di cura nel tramonto della monarchia d'Asburgo. Arco alla fine dell'Ottocento, a cura di *Paolo Prodi* e *Adam Wandruszka*

44. Strutture e trasformazioni della signoria rurale nei secoli X-XIII, a cura di *Gerhard Dilcher* e *Cinzio Violante*

45. Il concilio di Trento e il moderno, a cura di *Paolo Prodi* e *Wolfgang Reinhard*

46. Centralismo e federalismo tra Otto e Novecento. Italia e Germania a confronto, a cura di *Oliver Janz, Pierangelo Schiera* e *Hannes Siegrist*

47. Il vincolo del giuramento e il tribunale della coscienza, a cura di *Nestore Pirillo*

48. Comunicazione e mobilità nel Medioevo. Incontri fra il Sud e il Centro dell'Europa (secoli XI-XIV), a cura di *Siegfried De Rachewiltz* e *Josef Riedmann*

49. Per una banca dati delle visite pastorali italiane. Le visite della diocesi di Trento (1537-1940), a cura di *Cecilia Nubola*

50. Fonti ecclesiastiche per la storia sociale e religiosa d'Europa: XV-XVIII secolo, a cura di *Cecilia Nubola* e *Angelo Turchini*

51. Tempi e spazi di vita femminile tra medioevo ed età moderna, a cura di *Silvana Seidel Menchi*, *Anne Jacobson Schutte* e *Thomas Kuehn*

52. Amministrazione, formazione e professione: gli ingegneri in Italia tra Sette e Ottocento, a cura di *Luigi Blanco*

53. Coniugi nemici. La separazione in Italia dal XII al XVIII secolo, a cura di *Silvana Seidel Menchi* e *Diego Quaglioni*

54. Gli intellettuali e la Grande guerra, a cura di *Vincenzo Calì*, *Gustavo Corni* e *Giuseppe Ferrandi*

55. L'uso del denaro. Patrimoni e amministrazione nei luoghi pii e negli enti ecclesiastici in Italia (secoli XV-XVIII), a cura di *Alessandro Pastore* e *Marina Garbellotti*

56. Ordini religiosi e società politica in Italia e Germania nei secoli XIV e XV, a cura di *Giorgio Chittolini* e *Kaspar Elm*

Monografie

1. Il mais nell'economia agricola lombarda (dal secolo XVII all'unità), di *Gauro Coppola*

2. Potere e costituzione a Vienna tra Sei e Settecento. Il «buon ordine» di Luigi Ferdinando Marsili, di *Raffaella Gherardi*

3. Il sovrano pontefice. Un corpo e due anime: la monarchia papale nella prima età moderna, di *Paolo Prodi*

4. Stato assoluto e società agraria in Prussia nell'età di Federico II, di *Gustavo Corni*

5. Il laboratorio borghese. Scienza e politica nella Germania dell'Ottocento, di *Pierangelo Schiera*

6. Chiesa e potere nella Toscana del Quattrocento, di *Roberto Bizzocchi*

7. L'uomo di mondo fra morale e ceto. Kant e le trasformazioni del Moderno, di *Nestore Pirillo*
8. Disciplinamento in terra veneta. La diocesi di Brescia nella seconda metà del XVI secolo, di *Daniele Montanari*
9. Modelli politici e questione sociale in Italia e in Germania fra Otto e Novecento, di *Gustavo Gozzi*
10. I principi vescovi di Trento fra Roma e Vienna, 1861-1918, di *Sergio Benvenuti*
11. Inquisitori e mistici nel Seicento italiano. L'eresia di S. Pelagia, di *Gianvittorio Signorotto*
12. La ragione sulla Sprea. Coscienza storica e cultura politica nell'illuminismo berlinese, di *Edoardo Tortarolo*
13. La coscienza e le leggi. Morale e diritto nei testi per la confessione della prima Età moderna, di *Miriam Turrini*
14. Stato e funzionari nella Francia del Settecento: gli «ingénieurs» des ponts et chaussées», di *Luigi Blanco*
15. Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'occidente, di *Paolo Prodi*
16. Dalla biologia cellulare alle scienze dello spirito. Aspetti del dibattito sull'individualità nell'Ottocento tedesco, di *Andrea Orsucci*
17. L'inventario del mondo. Catalogazione della natura e luoghi del sapere nella prima età moderna, di *Giuseppe Olmi*
18. Germania e Santa Sede. Le nunziature di Pacelli tra la Grande guerra e la Repubblica di Weimari, di *Emma Fattorini*
19. Legislazione e riforme nel Trentino del Settecento. Francesco Vigilio Barbacovi tra assolutismo e illuminismo, di *Maria Rosa Di Simone*
20. Conoscere per governare. La diocesi di Trento nella visita pastorale di Ludovico Madruzzo (1579-1581), di *Cecilia Nubola*
21. La sfida delle riforme. Costituzione politica nel liberalismo prussiano (1850-1866), di *Anna Gianna Manca*
22. Genealogie incredibili. Scritti di storia nell'Europa moderna, di *Roberto Bizzocchi*

23. Repubblica per contratto. Bologna: una città europea nello Stato della Chiesa, di *Angela De Benedictis*

24. Il governo dell'esistenza. Organizzazione sanitaria e tutela della salute pubblica in Trentino nella prima metà del XIX secolo, di *Rodolfo Taiani*

25. La scienza del cuore. Spiritualità e cultura religiosa in Antonio Rosmini, di *Fulvio De Giorgi*

26. Etica e diritto. La filosofia pratica di Fichte e le sue ascendenze kantiane, di *Carla De Pascale*

27. Il corpo eloquente. Identificazione del giurista nell'Italia liberale, di *Pasquale Beneduce*

28. La giustizia ai confini. Il principato vescovile di Trento agli inizi dell'età moderna, di *Marco Bellabarba*

29. Sotto l'occhio del padre. Società confessionale e istruzione primaria nello Stato di Milano, di *Angelo Turchini*

30. Ferdinand Tönnies sociologo hobbesiano. Concetti politici e scienza sociale in Germania tra Otto e Novecento, di *Maurizio Ricciardi*

31. La fine della 'grande illusione'. Uno storico europeo tra guerra e dopoguerra, Henri Pirenne (1914-1923). Per una rilettura della «Histoire de l'Europe», di *Cinzio Violante*

32. La libertà nel mondo. Etica e scienza dello Stato nei «Lineamenti di filosofia del diritto» di Hegel, di *Emanuele Cafagna*

33. Il «Bauernführer» Michael Gaismair e l'utopia di un repubblicanesimo popolare, di *Aldo Stella*

34. Matrimoni di antico regime, di *Daniela Lombardi*

35. Il fisco in una statualità divisa. Impero, principi e ceti in area trentino-tirolese nella prima età moderna, di *Marcello Bonazza*

Contributi / Beiträge

1. Italia e Germania. Immagini, modelli, miti fra due popoli nell'Ottocento: Il Medioevo / Das Mittelalter. Ansichten, Stereotypen und Mythen im neunzehnten Jahrhundert: Deutschland und Italien, a cura di/hrsg. von *Reinhard Elze - Pierangelo Schiera*

2. L'Antichità nell'Ottocento / Die Antike im neunzehnten Jahrhundert, a cura di/hrsg. von *Karl Christ - Arnaldo Momigliano*

3. Il Rinascimento nell'Ottocento in Italia e Germania / Die Renaissance im 19. Jahrhundert in Italien und Deutschland, a cura di/hrsg. von *August Buck - Cesare Vasoli*

4. Immagini a confronto: Italia e Germania dal 1830 all'unificazione nazionale / Deutsche Italienbilder und italienische Deutschlandbilder in der Zeit der nationalen Bewegungen (1830-1870), a cura di/hrsg. von *Angelo Ara - Rudolf Lill*

5. Gustav Schmoller e il suo tempo: la nascita delle scienze sociali in Germania e in Italia / Gustav Schmoller in seiner Zeit: die Entstehung der Sozialwissenschaften in Deutschland und Italien, a cura di/hrsg. von *Pierangelo Schiera - Friedrich Tenbruck*

6. Gustav Schmoller oggi: lo sviluppo delle scienze sociali in Germania e in Italia / Gustav Schmoller heute: Die Entwicklung der Sozialwissenschaften in Deutschland und Italien, a cura di/hrsg. von *Michael Bock - Harald Homann - Pierangelo Schiera*

7. Il potere delle immagini. La metafora politica in prospettiva storica / Die Macht der Vorstellungen. Die politische Metapher in historischer Perspektive, a cura di/hrsg. von *Walter Euchner - Francesca Rigotti - Pierangelo Schiera*

8. Aria, terra, acqua, fuoco: i quattro elementi e le loro metafore / Luft, Erde, Wasser, Feuer: die vier Elemente und ihre Metaphern, a cura di/hrsg. von *Francesca Rigotti - Pierangelo Schiera*

9. Identità territoriali e cultura politica nella prima età moderna / Territoriale Identität und politische Kultur in der Frühen Neuzeit, a cura di/hrsg. von *Marco Bellabarba - Reinhard Stauber*

10. L'istituzione parlamentare nel XIX secolo. Una prospettiva comparata / Die parlamentarische Institution im 19. Jahrhundert. Eine Perspektive im Vergleich, a cura di/hrsg. von *Anna Gianna Manca - Wilhelm Brauneder*

11. Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna / Kriminalität und Justiz in Deutschland und Italien. Rechtspraktischen und gerichtliche Diskurse in Spätmittelalter und Früher Neuzeit, a cura di/hrsg. von *Marco Bellabarba - Gerd Schwerhoff - Andrea Zorzi*

Schriften des Italienisch-Deutschen Historischen Instituts in Trient

1. Faschismus und Nationalsozialismus, hrsg. von *Karl Dietrich Bracher - Leo Valiani*, Berlin 1991

2. Stadtadel und Bürgertum in den italienischen und deutschen Städten des Spätmittelalters, hrsg. von *Reinhard Elze - Gina Fasoli*, Berlin 1991

3. Statuten Städte und Territorien zwischen Mittelalter und Neuzeit in Italien und Deutschland, hrsg. von *Giorgio Chittolini - Dietmar Willoweit*, Berlin 1992

4. Finanzen und Staatsräson in Italien und Deutschland in der frühen Neuzeit, hrsg. von *Aldo De Maddalena - Hermann Kellenbenz*, Berlin 1992

5. Der Kulturkampf in Italien und in den deutschsprachigen Ländern, hrsg. von *Rudolf Lill - Francesco Traniello*, Berlin 1993

6. Die Neue Welt im Bewußtsein der Italiener und der Deutschen des 16. Jahrhunderts, hrsg. von *Adriano Prosperi - Wolfgang Reinhard*, Berlin 1993

7. Fiskus, Kirche und Staat im konfessionellen Zeitalter, hrsg. von *Hermann Kellenbenz - Paolo Prodi*, Berlin 1995

8. Hochmittelalterliche Territorialstrukturen in Deutschland und Italien, hrsg. von *Giorgio Chittolini - Dietmar Willoweit*, Berlin 1996.

9. Die Wirtschaft der Lombardei als Teil Österreichs. Wirtschaftspolitik, Außenhandel und industrielle Interessen 1815-1859, von *Rupert Pichler*, Berlin 1996

10. Die Minderheiten zwischen den beiden Weltkriegen, hrsg. von *Umberto Corsini - Davide Zaffi*, Berlin 1997

11. Das Sakrament der Herrschaft. Der politische Eid in der Verfassungsgeschichte des Okzidents, von *Paolo Prodi*, Berlin 1997

12. Grenzregionen im Zeitalter der Nationalismen. Elsaß-Lothringen / Trient-Triest, 1870, 1914, hrsg. von *Angelo Ara - Eberhard Kolb*, Berlin 1998

13. Staatsräson und Eigennutz. Drei Studien zur Geschichte des 18. Jahrhunderts, von *Klaus-Peter Tieck*, Berlin 1998

14. Strukturen und Wandlungen der ländlichen Herrschaftsformen vom 10. zum 13. Jahrhundert. Deutschland und Italien im Vergleich, hrsg. von *Gerhard Dilcher - Cinzio Violante*, Berlin 2000

15. Zentralismus und Föderalismus im 19. und 20. Jahrhundert. Deutschland und Italien im Vergleich, hrsg. von *Oliver Janz - Pierangelo Schiera - Hannes Siegrist*, Berlin 2000

16. Das Konzil von Trient und die Moderne, hrsg. von *Paolo Prodi - Wolfgang Reinhard*, Berlin 2001